

بمحمداً بنو زهيرة

محاضرات في
عقد الزواج وآثاره

مكتبة المطبع والنشر
دار الفکر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

١ - إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له . ومن يضلل فلا هادي له . والصلوة والسلام على سيدنا محمد الذي بعث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، قال الله تبارك وتعالى : « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيبا » . وقال عز من قائل : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » . وقال تعالى رحمته : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ، إن الله عليم خبير » .

٢ - أما بعد : فإن معهد الدراسات العربية ، قد قرر في شعبته القانونية أن تكون الأحوال الشخصية موضع دراسة هذا العام ، وبعبارة أدق قرر أن تكون الأسرة موضوع هذه الدراسة ، وإننا إذا استثنينا الطوائف غير الإسلامية - نجد أن من عداها يجعل الشريعة الإسلامية المصدر لأحكام الأسرة ، وكل فريق من المسلمين في هذه البلاد يتبع مذهباً من المذاهب الإسلامية المعتبرة ، مقتبساً من غيره ، أو غير مقتبس ، فالبلاد السعودية تسير في أحكامها عامة وفي أحكام الأسرة خاصة على مقتضى مذهب الإمام أحمد ، واختيارات الإمام تقي الدين ابن تيمية . والمن تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب الزيدية عند فريق كبير منها ، وعلى مذهب الشافعي عند فريق آخر ، والعراق تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب أبي حنيفة ، مع استثناء طوائف الشيعة فيها : فإن أحكام الأسرة عندهم

خاضعة للمذهب الجعفرى ، الذى ينسب إلى الإمام أبى عبد الله جعفر الصادق ابن محمد الباقر .

والبلاد السودانية والمغربية يعد المذهب المالكي أصلاً فيها .

٣ — ومصر أساس العمل فيها مذهب أبى حنيفة مع اقتباس لأحكام جوهرية من غير هذا المذهب الجليل . بعضها من مذهب مالك والشافعى وأحمد ؛ وبعضها من اختيارات ابن تيمية . وبعضها كان مبنياً على منع سماع الدعوى ، وإن كان يمس أحكاماً جوهرية فكان في مظهره شكلياً ، ولكنه في حقيقته موضوعى . ولقد تضمنت هذه الإصلاحات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبعض ما جاء في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤ — وسوريا ولبنان قد وضع في كليهما قانون موضوعى للأحوال الشخصية مستوعب في الجملة ، وقد نهجت كل واحدة منهما في قانونها منهاجاً اجتهادياً حاولت فيه أن تعالج ما ظهر من عيوب في أحكام الأسرة على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ، وقد اقتبست من المذاهب الأربعة وغيرها ، بما ظنت أنه قد يكون فيه علاج لما اعتبرته عيوباً ، وقد حاولت سوريا أن تحلّق في سماء الكتاب والسنة وأن تستنبط منهما أحكاماً لم تكن في المذاهب الأربعة ولا عند السلف ؛ وذلك في شأن تعدد الزوجات .

وقد اختصت لبنان بأنها جعلت قانونها المسطور شاملاً لأحكام الطوائف الإسلامية ، والطائفة المارونية ، واليهود ، وكان ينص على ما يتبع لكل طائفة فيما تتفرق فيه الأحكام الإسلامية عن غيرها .

٥ — وإنه عند دراسة قانون الأسرة في معهد الدراسات العربية لا بد أن يتصدى الباحث ، لهذه النتائج كلها ؛ فإن المعهد لا يعنى بدراسة قانون دولة من الدول العربية ، ويهمل قانون أخرى في هذا الموضوع ، وإن تلك الدراسة انتمالة تقتضى الإشارة إلى أحكام ستة مذاهب إسلامية هي المذاهب الأربعة ،

ومذهب الإمامية ، ومذهب الزيدية ، ويدرس مع ذلك ما عساه يكون باجتهاد خاص من فقهاء كل دولة عربية .

وإن هذه الدراسة الشاملة لا تفيد فقط طلاب الفقه في الجامعة العربية ؛ إذ تضع بين أيديهم في موضع واحد الأحكام الفقهية الخاصة بالأسرة في المذاهب الإسلامية كلها أو جلها ، بل إن هذا يفيد كل فقيه يريد أن يتعرف أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، وطرق انتفاع المعاصرين بهذه الثروة الماثرة من أقوال الفقهاء السابقين ، وطرق علاجهم لمشاكل الأسرة في ظل كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

٦ — وإن هذه الدراسة الجامعة لا تفيد فقط كل طلاب البحث والفحص ، ولكنها تفيد من الناحية الاجتماعية ، ووراء الناحية العلمية والاجتماعية فوائد سياسية ، ذلك لأن اطلاع كل دولة من الدول العربية على الطرق التي عالجتها زميلاتها مشاكل الأسرة ، ونتيجة هذا العلاج يهديها إلى قصد السبيل في العلاج إن لم تكن قد حاولته ، ويحملها على الموازنة بين علاجها . وعلاج شقيقتها إن حاولته ، وإن ذلك يتجه بنا إلى توحيد قوانين الأسرة في تلك البلاد المترابطة ما أمكن التوحيد . وإن ذلك يمكن وقريب بين المسلمين ؛ وإن توحيد قوانين الأسرة بين المسلمين فيه مزيتان جليلتان : إحداهما : أن توحيد قانون الأسرة توحيد لأعظم ركن في البناء الاجتماعي ؛ لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، ووراء ذلك إيجاد وحدة اجتماعية في البلاد العربية كما نوهنا .

والثانية : أن هذا التوحيد فيه تقريب بين مذاهب الإسلام في جزء من الفقه ، وهو في نتيجته القريبية تقريب بين أهل المذاهب الإسلامية ، فلا تكون تلك النفرة الموحشة بين المذاهب الشيعية والمذاهب السنية ، ولا وزن مذهب من المذاهب وغيره ، وبذلك يتقارب المسلمون ، ولا يتباعدون ، وتأنف قلوبهم ، وتجتمع على تقوى من الله ورضوان .

٧- هذا وإنه يتبين بهذه الدراسة أنه يمكن استنباط أعدل القوانين بالنسبة للأسرة ، وأحكامها تنظيمًا لها من المذاهب الإسلامية ، وكلها في جملته يلتبس من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، وبذلك يتبين انحراف الذين خرجوا على المنهاج المستقيم ، فالتمسوا للأسرة الإسلامية نظامًا غريبًا عن الإسلام بعيدًا عن مألوفه ، فصارت على نظم غريبة ، ومسخت في حقيقة حالها فصارت لا شرعية ولا غريبة .

هذا وإن جعل نظم الأسرة خاضعة لأحكام الدين أيًا كان ، ومقتسة منه مهما يكن ذلك الدين فيه حياة للأسرة ، وتقوية لدعائهما ، وإقامة لها على رباط من المودة والرحمة ، وتلك هي أسباب القوة في العلاقات ، فإن الأسرة لا تقوم على نظم قانونية يطبقها القضاء ، إنما تقوم على الضمير الديني الذي يولد الرحمة والألفة والمودة .

٨- وإنا بعون الله تعالى سنتكلم في هذا القسم من البحث في إنشاء عقد الزواج وأحكامه وآثاره المترتبة عليه . وقبل أن نبدأ في الموضوع لابد أن نتكلم في تمهيد عن الأدوار التشريعية التي أشرنا إليها في هذه المقدمة ، وإنا نضرب إلى الله تعالى أن يمن علينا بتوفيقه وهدايته ؛ فإنه لولا فضل الله تعالى ما وصلنا إلى غاية ؛ ولا اهتدينا إلى منهاج « الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله » ، « ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب » .

محمد أبو زهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الثانية

إن الحمد لله تعالى الذى خلق الإنسان من طين ، وكرمه وفضله على كثير
من خلق تفضيلا ، والصلاة والسلام على محمد عبده ورسوله ، وعلى آله
وأصحابه الذين حاطوه ، ونصروه ، وأيدوه .

١ - وبعد فإن الأسرة قوام المجتمع ، والدعامة الأولى لبنائه ، ولذلك
عنى القرآن الكريم ببيان أحكامها فبين كيف تتكون . وأحل ما بين الرجل
والمرأة بكلمة الله ، وتولى سبحانه وتعالى بيان من يحرم من النساء ومن يحل ،
ووزع مال الأسرة بين آحادها فى الحياة بالنفقات ، وبعد الممات فى الميراث ،
والوصايا ، وبين حقوق الزوجين ، وما لكل على صاحبه ، وأن الحقوق
بمقدار الواجبات ، وأنها متقابلة ، وأن الحقوق ما أعطيت إلا للتمكن من
أداء الواجبات ، فكان على الزوج حق واجب الرعاية والحفاظة ، وليتمكن من
ذلك كان له حق الطاعة ، وكان على الزوجة حق الحضانة لأنها عليها واجب
التربية ، وهو فى المهد حتى يستغنى عن خدمة غيره ويصبح كونا مستقلا .

٢ - وقد وفقنا الله تعالى للكتابة فى نظام الأسرة فى الإسلام من زواج
وما يترتب عليه ، ومن الملكية بالخلافة فيه ، ومن بيان حقوق الأولاد ،
إلى غير ذلك مما يتعلق بالأسرة .

وبما كتبنا كتاب فى إنشاء الزواج وآثاره فى دراسة مقارنة بين المذاهب
الإسلامية المختلفة ، وفيها بيان المطبق منها ، والبلاد التى يطبق فيها .

وكان ذلك فى محاضرات ألقيناها ، وطبعت طبعة خاصة من قبل لتكون

بأيدي طلاب هذه المحاضرات في معهد الدراسات العربية . وكان ذلك في سنة ١٩٥٧ .

ولكن ما إن عرف بين طالبي المعرفة عن طريق من تلقوه دروسا ؛ حتى نفد ما طبع ، وألح علينا كثيرون من طلاب العلم الإسلامى والشادين فيه في إعادة طبعه ، ولم يسعنا إلا الاستجابة ، فكتبنا العلم لا يحون ، ولعن الله تعالى من يكتمه .

٣- ومن الحق ونحن نعيد طبع الكتاب أن نذكر أمراً جديراً بالنظر ، وهو أننا ذكرنا المعمول في قوانين البلاد العربية بالنسبة لأحكام الأسرة ، معنيين في الذكر ببيان المذهب الفقهي الذي أخذ منه ، فهي دراسة إسلامية المقصود منها دراسة الأحكام الإسلامية المستنبطة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ، نقدمها لمن يتبع هدى الإسلام مستعيناً في ذلك بمذهب من مذاهب فقهاءه ، واختلافهم ليس في الأصل والجوهر ، ولكن في تعريفات جزئية ، لا تناقض بينهم في أحكامها .

فدراستنا دراسة متبع لا مبتدع ، ودراسة ما كان من هدى الإسلام ، لا من تقليد عن غير بيئة ، ولا تعرف دقيق لوجه المصلحة .

ولذلك ونحن ندرس الزواج وآثاره في البلاد العربية أو الإسلامية لم نعن بدراسة ما في تركيا من تنظيم للأسرة ، أخذوه من غير الفقه الإسلامى ، بل قلدوا فيه المسيحيين تقليداً ، واتبعواهم اتباعاً ، وما كان لنا أن ندرس غير الإسلام ونحن في صدد دراستنا لأحكام الأسرة في الإسلام فما درسنا قانون الأسرة في الدولة التركية ، لأنه قانون لا يستمد من الإسلام ، بل يعاند القرآن ، فالقرآن يقول للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقانون الترك يقول الذكر والآثى على سواء في الميراث .

وكذلك لم نعن في بيان أحكام الزواج في الإسلام ببيان القانون التونسي أو ما سموه المحلبة التونسية - لأن هذا القانون عد تعدد الزوجات جريمة ووضع لها عقاباً بالحبس مع الحكم ببطالان الزواج الثاني ، ولو كان بغير ما أنزل الله .

وكذلك قرر منع الطلاق وعقاب من يطلق ، وبالبناء على ذلك لا يكون الطلاق واقعاً . فيحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحل الله .

ويعجبنى أن بعض المعنيين من الدراسات الإسلامية في الزواج والطلاق وأحكام الأسرة دعى لإلقاء محاضرة في تونس ، وحسبوه يؤيد فقال إنه قانون ، ولكنه ليس إسلامياً وهو أقرب إلى أن يكون كنسياً ، قانونهم ، لأن الفارق بين قانون الكنيسة وقانون الإسلام في الزواج هو (باحة التعدد ، وجواز الطلاق في الإسلام ومنعهما في الكنيسة .

٤ - من أجل هذا لم نشر في الكتاب إلا إلى ما كان مشتقاً من الإسلام ، إذ أنا نكتب في الإسلام لا في غيره ، ونرجو أن نكون قد جلينا ما أمكننا الكتابة فيه من هذا .

ونضرع إلى الله تعالى أن يمن علينا بنعمة التوفيق ، وأن يشرق علينا بنور الإخلاص في كل ما نعمل ونقول ، فإن نور الإخلاص هو الذي يهدينا إلى الحق ، لأنه من نور الله جل جلاله والله الهادي إلى سواء السبيل .

٣٠ من المحرم سنة ١٣٩١

٢٦ من مارس سنة ١٩٧١

محمد أبو زهرة

تمهيد

إلمامة تاريخية لا بد منها :

١ - كان القاضي في العصور الأولى مجتهداً لا يتقيد بمذهب ، ولا منهج . ولا يعتمد إلا على الكتاب والسنة ، وإن لم يجد في القضية التي يحكم فيها نصاً من قرآن أو سنة تحرى عنهما ، فإن لم يجد بعد التحري اجتهد رأيه . وكان ذلك منهج الصحابة ، والمنهج الذي ارتضاه النبي ﷺ عندما أرسل معاذاً قاضياً على اليمن ، إذ سأله بم تقضى ؟ فقال بكتاب الله . قال عليه السلام فإن لم تجد ؟ قال فبسنة رسول الله . فقال الرسول الأمين ، فإن لم تجد قال أجتهد رأيي ولا آلو ، فأقره عليه السلام على ذلك المنهج ، فكان هذا سنة متبعة من بعده فبين يدي القاضي القانون القائم ، الكتاب والسنة ، ثم هو يجتهد في تطبيقهما ما وسعته الطاقة العلية ، كما يجتهد القاضي في تطبيق القانون المسطور بنصه ، فإن لم يتسع النص اجتهد في تفسيره بطرق التفسير المختلفة ما بين مضيق وموسع ، فكون القاضي الإسلامي مجتهداً ليس معناه أن أمره فرط يرتبط فيه بقانون حاكم مسيطر ، بل إنه مقيد بقانون مقدس لا سبيل إلى مخالفته .

٢ - والاجتهاد بالرأى له شعب مختلفة فقد يكون الاجتهاد بالرأى هو الأخذ بالمصلحة التي تلائم المعاني الإسلامية . كما كان يفعل عمر رضي الله عنه في كثير مما كان يعرض له من أمور تتعلق بإدارة الدولة ونظمها ، وقيام عمود الإسلام كجمعه القرآن في مصاحف وتعيينه الأجراء ، وقتل الجماعة بالواحد ، وغير ذلك مما يتعلق بشئون الناس ، ومن فقهاء الصحابة من كان يتخذ القياس وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه

لاشتراكهما في علة الحكم ، وأسس القياس فطرية بديهية تتفق عليها العقول ، وقوامها أن المتساويين في الحقيقة يتساويان في الحكم ؛ وأن ما يثبت لأحد المثليين يثبت للآخر ، ومن الصحابة الذين اشتهروا بالقياس على بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وغيرهما .

ويلاحظ أن عمر بن الخطاب كان يكثر في اجتهاده النظر إلى المصلحة إذا لم يكن نص من كتاب أو سنة بشرط أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع الإسلامى ، وقد نوهنا إلى ذلك ، ولكنه عند ما أرسل إلى أبي موسى الأشعرى رسالة القضاء نصحه في اجتهاده القضائى أن يكون بالقياس فقال له : قس الأشباه والأمثال ، وأوجب عليه أن يقضى بما هو أشبه بكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ .

٣ - وهنا يسأل سائل ، لماذا جعل اجتهاده في إدارة الدولة قائماً على المصلحة إذا لم يكن نص ، ثم قيد قاضيه بالقياس عند الاجتهاد في غير موضع النص ؟ والجواب عن ذلك واضح من طبيعة العاملين : عمل الإدارة ، وعمل القضاء ؛ فعمل الإدارة يقوم على المصلحة المحققة لمقاصد الشرع ، إذا لم يكن ثمة نص من الشرع ، فإن كان نص فالمصلحة فيه ، ولا يتصور مصلحة في غير موضع النص .

أما عمل القضاء فهو تطبيق للنصوص الثابتة ، والوقوف عند هذه النصوص هو العدالة القانونية التى يتقيد بها القاضى ، وأنه يجب أن يكون عمله أولاً في دائرة تطبيق النصوص القائمة ، ولا شك أن القياس هو تطبيق للنصوص وتوسيع لمدى دلالتها ، بخلاف المصلحة المرسل ، إذ أن المصلحة المرسل ، تنطلق عن التقيد بنص خاص ، وإن كان لابد من أن تكون ملائمة لمقصد الشارع في الجملة وغير مخالفة لآى نص من نصوصه ؛ أما القياس فإن الاجتهاد به يتجه إلى البحث عن نص يمكن إلحاق الحادثة التى لا يعرف حكمها بنص صريح به ولو في ضمن علة ، ولهذا كان الشافعى الذى رفض الأخذ

بالمصلحة كما صل قائم بذاته عند عدم للنص - يقرر أن الاجتهاد إما نص وإما حمل على النص ، أو هو كما عبر إما أخذ من عين قائمة من النصوص أو حمل على عين قائمة ، فلا اجتهاد بغير ذلك .

وإن ذلك بلا شك من المصلحة التمسك به في القضاء . ولذا كان عمر رضى الله عنه يبحث قضائه على مقايضة الأشباه بأشباها ، والقضاء بما هو أشبه بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

٤ - وقد استمر القضاء يسير على ذلك النحو ليس بين يدي القاضى إلا كتاب الله وسنة رسوله ﷺ . لا يتقيد إلا بهما طول عهد الصحابة . حتى إذا انقضى ذلك العهد النوراني ، وجد مصدر ثالث ، وهو فتاوى الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وخصوصاً كبارهم كأبي بكر وعمر وعلي وعثمان ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس . وغيرهم ، فكان بين يدي القاضى تلك الأصول الثلاثة واستمر يعمل باجتهاده فيما لا يجد فيه موضع فتوى للصحابة ولا نصاً ، وإن تعارض في موضوعه فتاوى تخبر من بينها . ولم يخرج عنها .

ولم يفكر أحد في تقييد القاضى ، ولكن الحاكم العادل عمر بن عبد العزيز قد اتجهت نيته إلى جمع سنن النبي ﷺ وفتاوى الصحابة ، وإرسالها إلى الأقاليم قضاء وولاية . وشعوباً ؛ لتكون بين يدي القضاة فيتقيدوا بها في أحكامهم ، وبين أيدي الولاة ليتقيدوا بها في تصرفاتهم . وقرية من الشعب ليعلم شئون دينه . وأسس الحكم والقضاء في الإسلام .

ولكن المنية عاجلت عمر بن عبد العزيز ، فلم يتم له ما أراد .
٥ - وقد استمرت الحال في تقييد القاضى بما ذكرنا . وبمقدار ما يعمله من فتاوى الصحابة طول العهد الأموى وشرطاً من صدر العهد العباسى ، ولقد فكر بعض الباحثين الذين كانوا يعلنون القيود التي كان يقيد بها القضاة في فارس والرومان في وضع مجموعة من الأحاديث وفتاوى الصحابة بجوار

كتاب الله ، تكون القانون الذى يحكم به القاضى . فلا يترك الأمر لمقدار ما يعلمه من الأحاديث وآثار الصحابة ، وقد حرر ذلك عبد الله بن المقفع فى رسالة الصحابة التى كتبها إلى أبى جعفر المنصور .

ولإذا كان أبو جعفر لم يأخذ بهذا رأى ابتداء ، أو فور إبدائه فإنه بلا شك ترك أثرًا عميقاً فى نفسه ، ولذا طلب من الإمام مالك رضى الله عنه أن يجمع الأحاديث الصحاح ، وفتاوى الصحابة فى كتاب يوطئه للناس ، فيعلموا أقضية الصحابة وأحكام الإسلام .

وقد دون مالك رضى الله عنه موطأه ، ولما تم تدوينه طلب المهدي أن يرسله إلى الأقاليم الإسلامية ليقضى القضاة بأحكامه ، ويعمل الناس بمقتضاه ، ولكن تدين مالك وخلقه العلمى أيما عليه الرضا بهذا ، فنعه من هذا ، وقال : إن الناس سبقت له سنن وأحاديث ، وآثار عن الصحابة ، وهو لا يرى أن يقصر الناس على علمه .

ولذا بقى القضاء مطلقاً غير مقيد إلا بعلم القاضى . وما كان القاضى يولى إلا من المجتهدين الذين عرفوا بالنزاهة المطلقة ، ومن هؤلاء فى العصر الأموى شريح القاضى ، والحسن البصرى الذى تولى لعمر بن عبد العزيز زمناً ، ومن هؤلاء فى العصر العباسى عبد الرحمن بن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وعثمان البنى ، ثم من هؤلاء أيضاً زفر بن الهذيل ، وخالد بن يوسف السمنى ؛ وكان هؤلاء بتقيدون بمذهب فى الجملة أو منهاج إلا الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة .

بيد أن ذلك الانطلاق قد ابتدأت القيود المذهبية تؤثر فيه بالتقيد ، إذ أخذ يتولى قضاة من مدارس خاصة كزفر ، وخالد بن يوسف السمنى اللذين كانا قاضيين بالبصرة ، فإنهما بلا شك كانا متأثرين بمنهاج أبى حنيفة ، إذ هما من أخص تلاميذه ، وأدناهم إليه ، ولأبى حنيفة وصية خاصة أوصى بها يوسف بن خالد . وهى وصية حكيمة دقيقة جدرة بالمراجعة ، وقد دونها كاملة المكي فى مناقب أبى حنيفة .

٦ - وقد أخذ المنهاج المذهبي يسيطر على القضاء في الدولة الإسلامية عندما ولي قضاء بغداد أبو يوسف تلميذ أبي حنيفة ، فإنه صار بتولية ذلك المنصب يعد قاضى قضاء الدولة العباسية ، فلا يعين قاض فى أى إقليم من أقاليمها إلا برأيه ، وكان لهذا لا يختار من القضاة إلا من فقهاء العراق الذين تأثروا بمنهاج أبي حنيفة ، وإن لم يفقدهم ذلك الاجتهاد النسبى . وإن أبا يوسف كان حريصاً كل الحرص على أن ينشر فقه العراق أو بالأحرى فقه مدرسة أبي حنيفة ، حتى إنه ليصرح لمحمد بن الحسن عندما اختاره قاضياً للرقعة ووجد محمد فى نفسه على شيخه أبي يوسف بذلك إذ اعتذر هــ إليه بأنه رأى أن يتولى قضاء الرقعة لينتشر علم المدرسة العراقية فى الرقعة ومل وراها من الشامات كما انتشر فى المشرق .

ومن قبل أبي يوسف كان يختار بعض القضاة من فقهاء العراق ، ومدرسة أبي حنيفة ، ولكن لاعلى وجه التخصيص ، بل على وجه الاختيار الشخصى ولأنه يروى الكندى فى كتابه تاريخ القضاة والولاة أن أول قاض من تلاميذ أبي حنيفة ولي القضاء بمصر هو إسماعيل بن اليسع الكندى ، ولاه المهدي ، وكان يرى إبطال الأوقاف كما هو رأى الإمام أبي حنيفة ، فأخذ يطلها فى مصر ، ولم يكن ذلك سائغاً عند أهلها ، ولذا شكوا منه إلى فقيه مصر فى ذلك العصر الإمام الليث بن سعد . فذهب إلى القاضى ، وقال له جئتكم مخاصماً لك . فقال له فيماذا ، قال فى إبطالك أحباس المسلمين ، وقد حبس رسول الله وأبو بكر وعمر وعثمان وعلى والزبير فمن بعد ، ثم بعث إلى المهدي كتاباً جاء فيه : إنك ولينا رجلاً يكيد سنة رسول الله بين أظهرنا ، مع أنما ما علمناه فى الدرهم والدينار إلا خيراً .

٧ - ولم يكن ثمة تخصيص للقضاء بمذهب ، ولكن بغداد بسططان أبي يوسف كما نوهنا أخذت تنشر لواء المذهب الحنفى فى الأقاليم من غير تخصيص . فغلب عليها ، وكان القضاء فى العراق وما وراءه من بلاد المشرق على ذلك

المذهب ، وأغلب قضاة الأقاليم إذا استثنينا الأندلس وبلاد المغرب ، وبلاد الشام من ذلك .

وذلك لأن الأندلس كان قضاء فيها مذهب مالك . وكذلك كان الشأن في بلاد المغرب . ولقد قال ابن حزم في ذلك : مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرياسة والسلطان ، مذهب أبي حنيفة ، فإنه لمب ولى الرشيد أبا يوسف خطة القضاء ، كان القصة من قبله من أقصى الشرق إلى أقصى عمل إفريقية ، ومذهب مالك عندنا بالأندلس ، فإن يحيى بن يحيى كان مكيناً عند السلطان مقبول القول في قضاء ، وكان لا يلي قاض في الأندلس إلا بمشورته واختياره ، ولا يشير إلا بأصحابه ومن كانوا على مذهبه ، والناس سراع إلى الدنيا ، فاقبوا على ما يرجون به بلوغ أغراضهم ؛ على أن يحيى لم يل القضاء قط ، ولا أجاب إليه ، وكان ذلك زائداً في جلالته عندهم ، وداعياً إلى قبول رأيه لديهم .

٨ - ولقد كان الشام يقضى فيه على مذهب الأوزاعي أمدأ طويلاً من العصر العباسي وقد عمر هذا المذهب إلى منتصف القرن الرابع الهجري ، وفي بعض هذه المدة كان القضاء به كما أن القضاء أحياناً في الشام كان على مذهب الشافعي ؛ كما ذكر ابن السبكي في طبقاته .

وهذا يتبين أن التخصيص بالمذهب الحنفي كان غالباً ، ولم يكن شاملاً ، بيد أنه في بغداد ذاتها لم يكن قاض من غير الحنفية ، ويروى أن المقتدر الخليفة العباسي في آخر القرن الرابع ولى قاضياً شافعيّاً فثار أهل بغداد ، وانقسموا حزبين . حزب يؤيد التعيين . وحزب لا يؤيده وهو الأكثر عدداً ، ووقعت الفتنة بينهما ، فاضطر الخليفة إلى عزل ذلك القاضي الشافعي لإرضاء للأكثرين ، وإنهاء للفتنة ، وأعاد إلى الحنفية ما كان لهم من عزة وغلب .

٩ - وكان المذهب الحنفي ذا سلطان وغلب ، ما كان لخلفاء بني العباس سلطان وقوة ؛ فإذا ضعف سلطانهم ضعف معهم سلطانه ، وكانت المذاهب

الشيعة من إمامية وزيدية تتسلل في وسط الدولة في جموع الشيعة تقضى بينهم. حتى إذا كان لهم سلطان كما حدث في تغلب القرامطة على أكثر ما تحت سلطان الدولة في المشرق. ساد المذهب الشيعي، وكذلك عندما نشأت الدولة الفاطمية في المغرب، واستولت على مصر والشام وانحاز إليها كل ما هو في غرب بغداد من أقاليم، فإنه أبعد المذهب الحنفي تماماً؛ ولقد قال في ذلك ابن خلدون في مقدمته: «انقرض فقه أهل السنة بمصر بظهور دولة الرافضة، وتداول بها فقه آل البيت، وتلاشى فقه من سواهم إلى أن ذهبت دولة العبيديين من الرافضة على أيدي صلاح الدين يوسف بن أيوب».

بعد انتهاء الدولة الفاطمية زال سلطان الشيعة من غرب بغداد، ولكن بعيت طوائف لهم تتقاضى فيما بينها بمذهب الإمامية بالمشرق، بل صار انتشار مذاهبهم واسع المدى في بلاد ما وراء النهر وما وراءها، حتى عاد المذهب جذعاً قوياً في طوائف من الهند وفي بلاد إيران، وطوائف في بلاد العراق، وسوريا ولبنان.

١٠ - ولما أزال صلاح الدين المذهب الشيعي من مصر لم يحل محله المذهب الحنفي، كما كان من قبل، بل كان المذهب الشافعي وريث المذهب الشيعي في مصر والشام، وإن بقي للمذهب الحنفي مقامه في العراق موطنه الأصلي الذي أنبعث منه، وحيث رقد الإمام الأعظم أبو حنيفة كان القضاء في مصر والشام بالمذهب الشافعي في عهد صلاح الدين وأخيه وأولاده، حتى ولي أمر الشام نور الدين الشهيد، وقد كان حنفياً شديداً التحصب للمذهب الحنفي، وله كتاب في مناقب أبي حنيفة فنشر المذهب في مصر والشام؛ وكان له مقام في القضاء.

ولما أдал الله من الأيوية وخلفتها دولة المماليك كان القضاء فيها بالمذهب الشافعي؛ لأن المماليك كانوا يتخذون مذهب الشافعي مذهباً لهم في العبادة، حتى لقد قال السيوطي أنه لم يكن في المماليك إلا شافعي، واستمر

الامر للمذهب الشافعى إلى أن أحدث الظاهر بيرس فكرة أن يكون قضاء أربعة لأهل كل مذهب قاض لهم يقضى بينهم بما يوجه المذهب الذى اختاروه ولكنه مع ذلك جعل للمذهب الشافعى مكاناً أعلى من سائر الأربعة ، وذلك بأنه كان له الحق وحده فى تولية النواب فى بلاد القطر ، كما كان له الحق وحده بالنظر فى أموال اليتامى والأوقاف ، وكان له بهذا - المرتبة الأولى فى الدولة ، ثم يليه المالكي ، ثم يليه الحنفى فالحنبلى ، ولكن جاء فى صبح الأعشى أن ابن بطوطة ذكر فى رحلته أن ترتيبهم بمصر مدة الملك الناصر كان تقديم الحنفى على المالكي .

واستمرت الحال كذلك إلى أن ولى الأتراك أمر مصر ، فكان المذهب الحنفى السلطان الأول ، ولكن لأن نفوذ الماليك مازال قائماً بالديار ، ولم يتغلغل حكم الأتراك فى الإدارة المصرية تغلغلاً كاملاً ، كان للمذهبيين المالكي والشافعى مكان فى القضاء أيضاً ، وإن كان المذهب الرسمى للدولة هو المذهب الحنفى .

ولم يتوحد القضاء توحداً تاماً فى مصر إلا فى عهد محمد على ، فكان المذهب الحنفى وحده هو المسيطر ، ومنع القضاء بغيره منعاً تاماً .

١١ - والامر كان كذلك بالنسبة للشام ، والعراق ، وبلاد الأتراك فإن المذهب الحنفى كان هو المذهب الرسمى ، ولما أنشئت المجلة العدلية كان مع أحكام قليلة من المذاهب الأخرى قانوناً سارياً بالبلاد الشامية كلها وبلاد العراق . ولها مكاتبتها فى مصر ، وكان اعتبارها قانوناً سارياً منذ سنة ١٢٩٣ هـ .

ولما أخذت القوانين الأوربية تتوارد على مصر فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر بإنشاء المحاكم المختلطة أولاً ثم بإنشاء المحاكم الأهلية التى سميت من بعد ذلك المحاكم الوطنية - اقتصر القضاء بالمذهب الحنفى على قوانين الأسرة من زواج وأحكام أولاد وميراث ووصايا وديات وأوقاف فصارت هذه وحدها هى التى تستمد أحكامها من المذهب الحنفى .

١٢ - لقد جاء القرن المتمم للعشرين والمذهب الحنفي هو صاحب السلطان المطلق في قضاء الأسرة في أكثر بلاد الشرق العربي ، وإن شئت فقل في أكثر البلاد الإسلامية ، فإن مسلمي الهند قبل تقسيمها كانوا يسرون في أحكام الأسرة على مقتضى المذهب الحنفي إلا الشيعة منهم ، وكذلك المسلمون في الصين ؛ لأنهم كانوا يعتبرون دولة الأتراك دولة الخلافة الإسلامية ، ولا بد أن تكون الروابط الروحية تربطهم بها ، وإذا عزت الروابط المادية . ففي الروابط الروحية قوة نفسية ، ومن هذه الروابط الروحية أن يكون المذهب الذي ينظم أحكام الأسرة واحداً .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن البلاد الإسلامية في جملتها كان يسيطر عليها المذهب الحنفي ، إن استثنينا بلاد المغرب وإيران ، واليمن وطوائف الشيعة المنتبذة في البلاد الإسلامية ، وخصوصاً الهند ، والبلاد الحجازية .

١٣ - وكل البلاد الإسلامية قاصيها ودانيها كانت تسير على قانون غير مسطور ، بل تتبع الأحكام المنشورة في فتاوى المذهب وأقضيته ، وآراء المجتهدين فيه ، وما يكون متفقاً عليه في المذهب يقضى به ، وكذلك ما ليس لمجتهدى المذهب فيه إلا رواية واحدة ، وإذا اختلفت الآراء تخير القاضي منها ما يراه أرجح وأصلح في قضيته ، ولقد نصت لائحة المحاكم الشرعية على أنه يقضى بالراجح من مذهب أبي حنيفة .

والراجح في أى مذهب من المذاهب الإسلامية تثير في كتب هذا المذهب ، فبعضهم يرجح رأياً على آخر ، وهذا مفت يرجح رأياً لأنه يراه أنجع علاجاً في المسألة التي يستفتى فيها ؛ ومفت آخر يرجح آخر لأنه يراه أنجع في موضوع فتواه هو ، ووسط شئت الترجيحات يعسر حتى على الفقيه تعرف الراجح رجحاناً مطلقاً على غيره .

١٤ - وإن البلاد التي تطبق المذهب الحنفي قد لاحظت عيبين

في تطبيقه :

أحدهما : يشترك فيه مع غيره ، وهو شكلي . وثانيهما موضوعي ، فأما الشكلي فهو أن القضاة كانوا يعتمدون في أقضيتهم على قانون غير مسطور لم تدون مواده ، ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة . وترك للقضاة أن يبحثوا عن أرجح الأقوال في المذهب ، وأرجح الأقوال كما بينا منشور في بطون الكتب ، ولم يجمع المصنفون على أرجحية الكثير منها ، فقد يرجح مؤلف ما لا يرجح آخر ، وقد يختار للفتوى بعض المفتين ما لا يختاره الآخر . فكان القضاة وسط ليجي من الفتاوى والتخريجات وأقوال مجتهدي المذهب ، وترجيحاتهم المتباينة .

وأما العيب الموضوعي فهو أن العمل بمذهب أبي حنيفة قد كشف عن مسائل ليس في الأخذ بها ما يتفق مع روح العصر ، وفي غيره من المذاهب ما يوافق روح العصر أكثر ، وليس في ذلك قدح لأبي حنيفة وأصحابه والمخرجين في مذهبه ؛ فإنهم مجتهدون متأثرون بأزمانهم ، والفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون قوتها مستمدة من حكم العرف في كثير من الأحوال وإن الاجتهاد في هذه الحال رأى ، والرأى يخطئ ويصيب ، ورحم الله أبا حنيفة إذ أجاب أحد تلاميذه عند ما سأله أهذا الذي تفتى به هو الحق الذي لا شك فيه ، فقد قال في إجابته : « والله لأدري لعله الباطل الذي لا شك فيه » .

١٥ — طهزين العيين وجدت في بلاد الشرق العربي وبلاد تركيا ، وهي التي كان يغلب فيها مذهب أبي حنيفة ، ويعد المذهب الرسمي فيها - اتجاهات إصلاحية في أول هذا القرن ، وإذا كانت أحكام المرافعات والمعاملات المالية قد سطرت في المجلة العدلية ، وتولاها العلماء بالشرح وردوا مواردها إلى مصادرها الأصلية - فإن أحكام الأسرة لم تدون في مواد ، وكان لابد أن تكمل تلك المجموعة القانونية بإضافة قانون الأسرة إليها ، فكانت هذه الاتجاهات ، وكانت تقوى وقتاً بعد آخر ، فوجدت في مصر حركة تتجه

إلى هذا ، وألفت لهذا اللجنة لتضع قانوناً للزواج والطلاق وأحكام الأولاد .
يجمع بين المذاهب الأربعة ، وابتدأت هذه اللجنة عملها . وأتمته وشيخه
سنة ١٩١٥ ، ولكنه لم يأخذ وصف القانون ، بل إنه لما عرض للرأى
العام الفكرى ليدرسه ويناقشه وجهت إليه انتقادات وركته مقترحات .
وعصفت عليه عواصف عن تضيق صدورهم بكل حديد . وإن كان يستمد
من القديم عناصر تكوينه ، ويحسبون أن ذلك التوقف وحده هو التدين ،
ولذلك صعب على الحكومة المصرية إبان ذاك أن تصدر قانوناً بذلك
المشروع ، إذ أحست بأنها لم تكن فى مركز يسمح لها بإصدار قانون آثار
اعتراض المعترضين من رجال الدين ، لأن الحرب الكبرى كانت قائمة وقد
اشتد أوارها ، واتسع نطاقها ، والاحتلال جائم ، والحياة النيابية معطلة .
ومن أجل هذا طوى المشروع طياً .

قانون الأسيرة فى تركيا قبل الانقلاب

١٦ - وفى الوقت الذى طوى فيه المشروع المصرى ، كانت الحكومة
العثمانية تفكر فى قانون للأسيرة يضاف إلى المجموعة القانونية التى ابتدأتها
بالجملية العديلية ، وقد قدر الله لهذا المجهود الذى بذل أن يصدر به قانون سمي
قانون حقوق العائلة . فقد صدر ذلك القانون فى سنة ١٣٣٦ هجرية
سنة ١٩١٧ ميلادية وقد كان العمل به سائداً فى البلاد الشامية كلها ، حتى بعد
أن زال عنها حكم الأتراك ، وما زال ذلك القانون معمولاً به فى لبنان ،
وقد انتهى العمل به فى سوريا سنة ١٩٥٣ بالقانون رقم ٥٩ الصادر بتاريخ
١٧ من سبتمبر فى تلك السنة .

قانون الأسيرة فى لبنان

١٧ - وإن قانون حقوق العائلة على هذا له مكاتته فى دراستنا .

إذ أن أكثر المسلمين في لبنان ما زالوا يعملون به وتسرى أحكامه كما أشرنا وأنه كان معمولا به عند أهل سوريا إلى أن صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ كما نوهنا ، وفوق ذلك فإنه بعد صدور ذلك القانون ما زال لقانون العائلة مكان فيه إذ أنه مصدر من مصادره ، ولذلك جاء في المذكرة التفسيرية لقانون سنة ١٩٥٣ ما خلاصته :

« اشتمل المشروع على الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من الزواج والطلاق ثم الولادة والنسب والحضانة ، ثم الأهلية والنيابة الشرعية ، ثم الوصية ، ثم المواريث ، واعتمد في إعداده على خمسة مصادر .
أولها : قانون حقوق العائلة الذي جرى عليه العمل . وتعارفه الناس .
وبنيت عليه الاجتهادات الفقهية .

وثانيها : القوانين المصرية مع بعض التعديل أحيانا لما يوافق المصلحة المحلية .

وثالثها : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى (باشا) .
ورابعها : ما رأته اللجنة الأخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفي ، وما وضعته من مواد التنظيم التي لا تتنافى مع الحكم الشرعي ، وذكرت المذكرة أن الأمر الخامس الذي اعتمدت عليه مشروع وضعه بعض قضاة الأحوال الشخصية .

ومن أجل هذا كان قانون العائلة الذي وضعه الأتراك أيام كانوا مستمسين بالأحكام الشرعية له موضع في دراستنا ، وسنشير إليه في كل موضوع من الموضوعات التي نبحثها في ذلك الجزء .

١٨ - وإن هذا القانون يشتمل على أحكام موضوعية وأحكام شكلية ، ولنضرب مثلا بأحكامه الشكلية المبادية ٣٣ ، فهي تقرر أنه يجب إعلان عقد الزواج قبل إجرائه ، وإعلانه قبل إجرائه قد حددت أحكام إدارته في نظام سمي في لبنان نظام المعاملات الإدارية ، ولا يسجل عقد

الزواج إلا بعد تمام تلك الإجراءات الإدارية التي نص عليها نظام المعاملات الإدارية في المواد ١، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩ وقد قات المادة التاسعة :

« إذا أعطت المحكمة قراراً بحواز عقد النكاح حسب صب الطرفين أو قبلهما بحضور المحكمة ، أو بمحل يعينانه ، وعند إجراء عقد الزواج بمحل آخر خارج المحكمة يعين نائب من طرف المحكمة بالإناابة المخصوصة من الحائزين على صفة رسمية » .

وإن هذا بلا شك حكم شكلي نظامي يتعلق بتوثيق عقد الزواج ، وهو حكم له مقامه ، وهو يسير على أحكام عقود الزواج كلها ، سواء أ كانت عقود مسلمين أم كانت عقود عيسويين أو يهود ، وأن ذلك له الأثر الواضح الضروري بالنسبة للشرائع التي تمنع تعدد الزوجات .

ولكن بالنسبة للمسلمين أيعتبر العقد صحيحاً إذا لم تتخذ هذه الإجراءات لم يعتبر غير صحيح ؟ الظاهر أن القانون لا يمنع الصحة ، ولكن بمقتضى الظاهر يمنع الاعتراف الرسمي به ، ولذا لا تسمح الدعوى به كما هو الشأن في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بالقاهرة .

وإن لذلك مقاماً من التفصيل نبينه عندما نتكلم في هذا الموضع .
١٩ - وهناك أحكام موضوعية كثيرة بعضها من المذهب الحنفي بترجيح رأى على رأى ، كالنص على أن زواج البالغة العاقل لا يجوز إلا بإذن وليها ، إذ أن ذلك هو رأى الإمام محمد ، فهو يرى أن المرأة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها كان العقد موقوفاً حتى يأذن الولي ، وقد نصت على ذلك المادة الثامنة .

وبعض هذه الأحكام من المذاهب الثلاثة غير مذهب أبي حنيفة ، كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة ، وإذن من الحاكم فإن ذلك رأى عند الشافعي وأحمد .

وأحياناً يترك المذاهب الأربعة ويأخذ من غيرها . كالشأن في يطلان زواج الصغير والصغيرة الذى هو رأى عثمان النبى وابن شبرمة ، وأبى بكر الأصم، ولم يعتبر البلوغ بالأمارات الطبيعية بإطلاق، وأخذ برأى أبى حنيفة في تقدير البلوغ بالسن، إذ أن أبى حنيفة يرى أن البلوغ بالسن يكون بثمان عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للأنثى ، وقد أجاز مع ذلك للمراهق أن يطلب الزواج ويأذن له القاضى ، إن رأى فيه مصلحة له ، وهذا نص المراد ٤، ٥، ٦ . المادة ٤ - يشترط ليكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح أن يتم الثامنة عشرة والمخطوبة أن تتم السابعة عشرة .

المادة ٥ - إذا راجع المراهق الذى لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر ، وبين أنه بلغ فمحكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك .
المادة ٦ - إذا راجعت المراهقة التى لم يتم السابعة عشرة من العمر . وادعت أنها بلغت يأذن لها الحاكم بالزواج إن كان حالها يتحمل ذلك وأذن وليها .

٣٠ - وهذه أمثلة توضح أن قانون حقوق العائلة لم يقتصر على المذاهب الأربعة ، بل أخذ من غيرها . وبما أخذ من مذهب الإمام أحمد أن المرأة إذا اشترطت ألا يتزوج عليها ، وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق ، فالعقد صحيح ، والشرط معتبر .

وهكذا نجد قانون حقوق العائلة الذى صدر فى سنة ١٩١٧ بالنسبة لتركيا والذى يطبق فى لبنان مع تعديل بعض أحكامه ، هو خطوة واسعة سبقت فيه تركيا الإسلامية مصر .

ومع أن لبنان تأخذ فى الجملة بقانون حقوق العائلة قد أدخلت عليه تعديلات شكلية بالقرار رقم ١٤٦ - الصادر فى سنة ١٩٣٨ - كما صدر أيضاً تعديل فى طرق التوثيق فى سنة ١٩٥١ سواء أكان التوثيق يتعلق بالولادة أم كان يتعلق بالزواج والطلاق .

ويجب التنبيه هنا إلى أن طائفة الدروز صدر لها قانون الأحوال الشخصية خاص بها ، وهو منفصل تمام الانفصال عن قانون حقوق العائلة التركي في أصله .

وإن قانون الدروز صدر في سنة ١٩٤٨ ، وقد اشتمل على أحكام جديدة ليست في المذاهب الأربعة ولا غيرها ، ولم يؤثر عن أحد من السلف الصالح ، وفيه مناهضة لأحكام القرآن والسنة ، ومن ذلك الحكم بأن الزوجة الثانية زواجها باطل ، فقد جاء في المادة التاسعة : ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين . وإن فعل فزواج الثانية باطل . وهذا مثل يدل على مدى تحلل ذلك القانون من الفقه الإسلامي جملة . وسنتكلم عما اشتمل عليه ذلك القانون في جملة أجزائه ونبين كل جزء عند مقارنته بغيره .

قانون الأسرة في سوريا

٢١ - ولئن تركنا لبنان إلى جارتها سوريا العزيزة لنجدن قانون حقوق العائلة هو السارى فيها إلى سنة ١٩٥٣ كما نوهنا من قبل ، لقد كانت سوريا تأخذ بقانون حقوق العائلة كما تبين في النقل الذى نقلناه سابقاً ، ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية التى اقترنت بقانون الأحوال الشخصية الصادر فى ١٧ / ٩ / ١٩٥٣ :

« أصدرت الحكومة العثمانية ، فى سنة ١٢٩٣ بحلة الأحكام الشرعية ، ثم سنة ١٣٣٦ قرار حقوق العائلة المعمول به اليوم ، وأخذت فيه ببطائفة من أحكام المذاهب الثلاثة الأخرى ، واختارت بعض الأقوال غير الراجحة فى المذهب الحنفى ، وأخذت أحكاماً من غير المذاهب الأربعة التى استقر العمل عليها ، »

وقد أشرنا إلى بعض ما أخذ به من غير المذاهب الأربعة

٢٢ - وقانون الأحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٥٣ هو خطوة واسعة إلى الأمام ، وقد كان بين يدي سوريا المشروعات التي وضعت في مصر سنة ١٩٢٦ ، وقانون سنة ١٩٢٠ ، وقانون سنة ١٩٢٥ ، والمشروعات التي وضعتها وزارة الشؤون الاجتماعية المصرية ، ووزارة العدل ، وقانون الميراث وقانون الوصية ، وما يشهده الاجتماعيون في مصر وسوريا من آراء . وقد جاء قانونها ثمرة لهذا ، وعلاجاً لبعض مشاكل الأسرة ، وبعضه كان في دائرة الاعتدال والسنن القويم ، وبعضه كان مجاوبة للروح المنبعثة بين بعض المسلمين ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية ، أن المصدر الثاني للقانون . هو القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً لما يوافق المصلحة المحلية .

وفي الحق إنه لم يأخذ فقط من القوانين المصرية ، بل أخذ من المشروعات التي هي موضع اختلاف في الرأي بين المصريين ولم يرتضها إلى الآن المفكرون في مصر ، بل هي موضع نظر عند بعضهم ، وموضع استنكار من آخرين ، وموضع قبول من عدد محدود ، ولكنه كثير الضجة واللجاجة .

ومن هذه الموضوعات التي هي موضع تفكير في مصر ، والأكثرون يرفضونها تقييد تعدد الزوجات وتقييد الطلاق ، وفي الوقت الذي تتردد فيه مصر منذ انبعث في أرجائها ، وهي أول مكان انبعث فيه هذه الفكرة ، في هذا الوقت أقدمت عليه سوريا .

فقد جعل الزواج الثاني للمتزوج لا يوثق إلا بإذن من القاضي الشرعي . وللقاضي ألا يأذن إذا لم يثبت القدرة على الإنفاق على زوجتين ، كما أنه قرر التعويض عند التمسك بالطلاق ولا يريد أن تدخل في تفصيل أحكام ذلك القانون ، ولكن نشير هنا إلى أنه أتى بأمر جديد . وهو اشتراط التناسب في السن . لكي يأذن القاضي بالزواج فقد جاء في المادة التاسعة عشرة منه ما نصه :

« إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً ، ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضى ألا يأذن ، .

وإن ذلك بلاريب ميذا جديد ، وعندما نعرض لموضوعه سنناقشه لتبيين مقدار المصلحة فيه ، وهل يسوغ تقييد حرية الاختيار به .

٢٣ — وقانون الأحوال الشخصية في سوريا قد خص الدروز بأحكام خاصة فقد جاء في المادة ٣٠٧ : لايعتبر بالنسبة للطائفة الدرزية ما يخالف الأحكام التالية :

(أ) يتثبت القاضى من أهلية العاقرين وصحة لزواج قبل لعقد .

(ب) لايجوز تعدد الزوجات .

وهذا يخالف القانون العام فإن أحكام القانون العام تبيح التعدد ، ولكن للقاضى ألا يأذن ، أما بالنسبة للدروز فالتعدد لايجوز أصلاً .

(ج) لا تسرى أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة .

(د) إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر ثم ظهر أنها ثيب فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها فليس له حق المطالبة بشيء من المهر والجهاز . وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الدخول بها فله استرجاع نصف المهر ؛ إن أراد إبقاءها في عصمته ، وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنى وأراد تطليقها .

وإذا ادعى الزوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبق ما قبضته من مهر وجهاز .

(هـ) إذا حكم على الزوجة بالزنى فللزوجة تطليقها واسترجاع مادفعه من مهر ، وما بقى من جهاز ، وإذا حكم على الزوج بالزنى فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل .

(و) لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضى وبقرار منه .

(ز) لايجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها .

(ح) تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه .
(ط) أن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه ويأخذ نصيبه كما لو كان حياً .
هذه إشارة إلى القانون السوري في الأحوال الشخصية وخطواته ومصادره .

في مصر

٢٤ — أما مصر فقد اتجهت إلى التعديل في سنة ١٩١٥ ، ولكن لم يتم ، ولهذا تقدمت تركيا في الإصلاح عليها ، وكان ما في لبنان وسوريا امتداداً لما كان في تركيا ، وقدمنا الكلام على المعمول به عندهما .
ولقد أشرنا من قبل إلى أن مشروع سنة ١٩١٥ ضوى . واستمر مطوياً حتى ظهر جزء قليل في القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٢٠ . وكان ذلك القانون من عمل لجنة مؤلفة من حضرات أصحاب الفضيحة شيخ الأزهر ، وشيخ السادة المالكية ، ورئيس المحكمة العليا الشرعية ، ومفتى الديار المصرية ، ونائب السادة المالكية ، وغيرهم من العلماء . والقانون كله مأخوذ من مذهب مالك ، ولهذا نص في دياجة القانون على شيخ المالكية ونائبهم .
وخلاصة ماجاء بذلك القانون :

(١) أنه اعتبر نفقة الزوجة ديناً من وقت الامتناع ، ولو لم يكن قضاءها بها أو تراض عليها ، وكذلك نفقة العدة ولم يكن لذلك أمد سابق على الدعوى ، ولكن عدل عن ذلك من بعد في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ منع سماع دعوى نفقة الزوجية لأكثر من ثلاث سنين سابقة على رفع الدعوى . وأجاز لزوجة العاجز عن النفقة طلب الطلاق ، ويحكم بالطلاق بعد التأجيل شهراً ، وكذلك زوجة الممتنع عن الإنفاق مع القدرة ، ولكن من غير تأجيل ، وذلك كله إذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وأجاز مثل ذلك لزوجة الغائب إن لم يكن له مال ظاهر حاضر تنفذ أحكام النفقة فيه ، وكل هذا في

قيود وحدود رسمها ، سنبينها في موضعها . والطلاق في مثل هذه الأحوال طلاق رجعى بحيث يكون للزوج حق الرجعة .

(ب) وأعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت زوجها عيباً مستحقاً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء أ كان ذلك بالزواج قبل العقد ، ولم تعلم به عند إنشائه ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز طلب التفريق ، واعتبر التفريق في هذه الحال طلاقاً بائناً .

(ج) واعتبر القانون المفقود في حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنين من وقت رفع الأمر إلى القاضى فأجاز للزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد تلك المدة ، وإذا تزوجت بعدها . ثم عاد المفقود وظهر حياً بطل العقد وعادت إليه إن لم يدخل بها العاقد عليها ، وإن كان قد دخل فهي لهذا العاقد ، ويفسخ زواجها من المفقود إذا كان عقدها من الثانى صحيحاً ، وكان كلاهما لا يعلم بحياة المفقود .

(د) ولم يستفد الرجل من هذا القانون إلا شيئاً واحداً وهو سد الطريق على المطلقات ذوات الأفراء حتى لا يكذبن ، وينكرن الحيض ويستمررن في استدرار النفقة ، وقد رأين الحيض ثلاث مرات ، بل مرات كثيرة ، وذلك لأن مذهب أبى حنيفة جعل القول قولها في ذلك من غير قيد ولا شرط ولم يجعل لذلك أمداً محدوداً ، فجعل القانون الأمد ثلاث سنوات لغير الموضع ، تبدى من وقت الطلاق ، فإن مرت سنة يبضاء انتهت العدة ؛ فإن رأت مرة الحيض فيها استؤنفت أخرى ، فإن مرت يبضاء انتهت العدة ، وإن رأت الحيض مرة استأنفت السنة الثالثة وتنتهى فيها العدة برؤية الحيض أو بمرورها يبضاء ، وإذا (١)

(١) هذا حكم المادة الثالثة من القانون وقد عدلت بالقانون الصادر بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ ، ومنعت سماع دعوى نفقة المعتدة لمدة أكثر من سنة؛ وقد تضمن =

كانت المعتدة ذوات الإقراء مرضعاً ، ابتدأت السنوات الثلاث من وقت انتهاء الرضاع ما دامت لا تحيض في رضاعها .

٢٥ — هذه خلاصة أول قانون لإصلاح في الأسرة ، ولا نستطيع أن نقول إن كل ما اشتمل عليه لإصلاح حقيقي ، فإن لذلك موضعه من الدراسة الفقهية المفصلة .

ولقد كان أول قانون لإصلاح صدر بعد ذلك هو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٣ ، وكان ذلك القانون في مادتين اثنتين ، ومضمونهما أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وقد العقد ، وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة في ذلك الوقت ، وأنه لا يجوز لموثق عقد الزواج أن يباشروا عقداً لم يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد عدل بعد ذلك في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقرر أن منع سماع الدعوى إنما يكون إذا كانت السن وقت التقاضى لا تقل عن السن المحدودة لكلا الزوجين لا وقت إنشاء العقد .

٣٦ — ولقد وجدت من بعد ذلك دعوات لإصلاح جرىء لم تكن مقصورة على الدوائر المحدودة في المذاهب الأربعة ، فألفت في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٦ لجنة مؤلفة من رجال ذوى جرأة ، فوضعت اقتراحات لم تكن مقيدة بالمذاهب الأربعة لاتعدوها ، بل تجاوزت ذلك النطاق إلى آراء فقهاء الإسلام عامة تقتبس منها ما تراه أنفع للأسرة ، بل تجاوزت ذلك وارتقت إلى الكتاب والسنة تقتبس منهما على حسب ما يدركه رجالها ، ولو ناقضت آراءهم في ذلك أقوال السالفين ، وبعض ما انتهت إليه كان مما كان يدعو الأستاذ الشيخ محمد عبده إلى التفكير فيه .

== ذلك القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكذلك عدلت أحكام المفقود لمجلت عامة "سنة" للزوجة والوفاة في ذلك القانون .

ولقد كان ما وصلت إليه هذه اللجنة بين أيدي الذين شرعوا في سوريا
فأخذوا ببعض ما اقترحتة :

٢٧ — وخلاصة ما تقدمت به هذه اللجنة من مقترحات :

- (أ) أنه تقيد رغبة الرجل في تعدد الأزواج فاشتطت لتزوج الرجل المتزوج بأخرى ألا يوثق العقد إلا بإذن من القاضي المختص ومنع القضاة من أن يأذنوا إلا إذا أثبت طالب التوثيق قدرته على العدالة وعلى الإنفاق على زوجته ومن يعوله ، من أصوله وفروعه وغيرهم ، من تجب عليه نفقتهم .
- (ب) وأنه لا يقع طلاق المسكره ، ولا السكران ، ولا الطلاق المعلق إذا قصد به الحل على فعل أو المنع من فعل وأن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وإن كنايات الطلاق (وهي ما تحتل الطلاق وغيره) لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ، وأن كل طلاق رجعي إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ؛ وما نص القانون على أنه بائن .
- (ج) وأنه إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولا ينافي مقاصد القصد ، كألا يتزوج عليها أو لا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم ، وكان لها فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط ، ولا يسقط حقها في طلب الفسخ ، إلا إذا أسقطته ، أو رضيت بمخالفة الشرط .
- (د) وأن الزوجة إذا ادعت إضرار زوجها بما لا استطاع معه دوام العشرة عادة بين أمثالها وطلبت التفريق طلقها القاضي طليقة بائنة إن طلبت ذلك وثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما ، وإن لم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى بما يريانه ، وسن لها طريقاً يسلكانه على تفصيل في ذلك سنيته في موضعه ، وسنين مقدار ما أخذ به منه .
- (هـ) وأن لزوجة من غاب سنة فأكثر أن تطلب الطلاق ولو ترك مالا تنفق منه ، وإن أمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضي أجلاً ، فإن لم يحضر للإقامة معها فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

وجعل ذلك أيضاً لزوجة المحكوم عليه بالحبس ثلاث سنوات فأكثر،
إذا مضت سنة من تاريخ حبسه .

(و) وأن دعوى النسب لا تسمع إذا ثبت عدم التلاقى بين الزوجين من
حين العقد إلى حين الولادة ، كما لا تسمع دعوى نسب ولد أتت به بعد سنة
من غيبة الزوج ، إذا ثبت عدم التلاقى بينهما هذه المدة ، ولا تسمع أيضاً
دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من
سنة من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة .

(ز) وأن نفقة الزوجية ونفقة العدة تقدر بحسب حال الزوج يسراً
وعسراً مهما تكن حال الزوجة ، وأنه لا تسمع دعوى نفقة العدة لمدة تزيد
على سنة من تاريخ الطلاق .

(ح) وأن للقاضي أن يأذن بحضارة الصغير من سبع سنوات إلى تسع ،
والصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة .

٢٨ - هذه خلاصة ما اقترحتة تلك اللجنة . وبعضه اختيار لأحد
قولين مصححين في المذهب الحنفى ، وبعضه من المذاهب الثلاثة ، وبعضه من
أقوال ابن تيمية ، وبعضه اعتمدت فيه اللجنة على اجتهادها ، وحسبت
ما وصلت إليه بهذا الاجتهاد إصلاحاً .

وقد قامت ضجة شديدة حول هذه المقترحات ، وكان من آثارها أن
قام المشروع في وزارة العدل ، إلى أن استيقظ أكثره في سنة ١٩٢٩ فقد
صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، واقتصر هذا القانون على ما جاء في
المذاهب الأربعة ، وترك ما لم يكن في هذا النطاق إلا في الطلاق المتعدد
والطلاق المعلق واطرح فكرة تقييد تعدد الزوجات وما من شأنه أن يؤدي
إليها ، كما اطرَح الإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة ؛ لأن ذلك قد يؤدي
إلى العبث بالحياة الزوجية .

وقد اشتمل قانون سنة ١٩٢٩ على إصلاحات قانونية أخرى منها مسألة

المفقود ، فقد سوى بين زوجة المفقود ، وتركته في الحكم بالوفاة على تفصيل مذكور في موضعه إن شاء الله تعالى .

٣٩ - ولم يقف الأمر بمصر عند هذا الحد ، بل سار الإصلاح في طريقه إلى أقصى خطواته فألفت سنة ١٩٣٦ لجنة للأحوال الشخصية كان من ثمرات عملها قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقد ألغى الوقف الأهلي بعد ذلك بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وكان من ثمرات هذه اللجنة أيضاً القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو خاص بتنظيم الوصية .

ولأنه في المشروعات التي تعدها اللجان التشريعية للجمهورية المصرية مشروع قانون الأحوال الشخصية . وهو مشروع فيه إصلاح جيد للأسرة مع الاتزان من غير انحراف ، ولأننا نرجو ألا نبتدىء في تفصيل القول في موضوعات الزواج إلا وهو قانون ، لتتولاه بالشرح والتفصيل . ورد مواده إلى مصادرها الأصلية ، ووجه الإصلاح فيه .

في السودان

٣٠ - ولأنه لما بين مصر والسودان من صلات قوية لا تقبل الانقسام كانت الإصلاحات التي تجرى في مصر يكون صداها في السودان ، بل إنه في كثير من الأحوال يكون النداء في مصر بأمر إصلاحى يكون به مشروع قانون ، ثم يتردد الناس في قبوله بمصر وسرعان ما يجده معمولاً به في السودان . وفوق ذلك فإن المذهب السائد عند الشعب السوداني هو المذهب المالكي يتفق عليه علماؤه فيه ، ويتعبد الناس على مقتضاه ، ولقد كان لهذه القوة الشعبية أثرها في المعمول به في المحاكم الشخصية ، فدخلت فيها أحكام من مذهب

مالك قبل أن يؤخذ بها في مصر ، مع أنه كان المنصوص عليه عندهم لإبان ذلك أنه يعمل بمذهب أبي حنيفة ، أى بالراجح منه .

والسبب في مرونة التطبيق في السودان من حيث الاقتباس المذهبي ومجاوبة دواعي الإصلاح فيه أكثر من مصر هو اللائحة التي تقضى على مقتضاها محاكم الأحوال الشخصية هناك .

وذلك لأن قانون اللائحة الأولى التي وضعت في سنة ١٩٠٢ بالسودان قد فتحت الباب للتعديل في المعمول به عن أيسر طريق ، إذ أن المادة الثامنة منها قد نصت على أن لقاضى القضاة أن يصدر من وقت لآخر بموافقة الحاكم العام تعليمات تتناسب مع هذا القانون لتنسيق قرارات ونظام وتشكيل وسلطة وعمل المحاكم الشرعية .

ولما جاءت لائحة سنة ١٩١٥ التي تنص على أنه يجب أن يقضى في المحاكم الشرعية بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة استثنى من ذلك الأحوال التي يأمر فيها قاضى القضاة بخلافه بموجب منشور أو مذكرة قضائية (١) .

٣٩ — وبهذا يتبين أن الذى كان معمولاً به في السودان متشعب إلى شعبتين :

أحدهما : الراجح من مذهب أبي حنيفة وهو الأصل .

والثانية : المنشورات التي ينشرها قاضى القضاة ، فإنه يعمل بها ، وهى في قوة القانون ، أو هى في ذاتها بعد مصادقة الحاكم تعتبر قانوناً واجب التنفيذ ، لأنها تستمد قوتها من نص قانونى ، فهى في كل صورها ومعانيها تطبيق للمادة ٥٣ من القانون المنظم للمحاكم الشرعية .

وإن هذا كما أشرنا هو السبب في سبق السودان إلى الإصلاحات التي تتجارب أصدائها في مصر قبل أن تصدر فيها قانوناً معمولاً به .

(١) كتاب الأحوال الشخصية لصديقنا المرحوم الأستاذ الشيخ معوض مصطفي سرحان

(٣ — محاضرات في الزواج)

٣٢ - ولقد سبق السودان مصر في عدة مبادئ كان يتردد النداء بها في مصر ، فتصير قانوناً أو في حكم القانون في السودان .
وأول ما ظهر ذلك في المشروع الذي تقدمت به مصر سنة ١٩١٥ لتنظيم قانون للأحوال الشخصية ، ثم لقي معارضة شديدة ، فإنه سرعان ما أخذ بعض مبادئه ، مع غيرها ، وعمل بها في السودان بمقتضى المنشور رقم ١٧ لسنة ١٩١٦ فإنه قد أخذ فيه بمبدأ طلب التفريق لعدم الإنفاق ، والحكم بموت المفقود .

وفي هذا المنشور مبدآن سبق فيهما مصر ، وهما إعطاء المرأة حق طلب التفريق لخوف الفتنة إذا غاب عنها زوجها ، وإعطاء المرأة الحق في طلب التفريق لسوء العشرة وبعث الحكيم ، فإن هذين المبدأين لم يتقرر في مصر إلا سنة ١٩٢٩ .

وبما سبق السودان فيه مصر من حيث التطبيق ، لامن حيث التفكير منع سماع دعوى النفقة للمعتدة لمدة لا تزيد على سنة ، وإن كان قد خالف بالنسبة للرضع ، فاستثنى مدة الرضاع ؛ ومنع السماع لمدة ثلاثة أشهر بتبدى من بعد الرضاعة .

وإن ذلك بما اشتمل عليه المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ . وبما اشتمل عليه ذلك المنشور أيضاً وهو فيه متأخر عن مصر هو التفريق للعيوب ، واعتبار نفقة الزوجة ديناً من وقت الامتناع عن الوجوب ، فإن هذين المبدأين أخذ بهما في مصر في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بينما لم يؤخذ بهما في السودان إلا في المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ .

٣٣ - وقد سبقت مصر وتأخر السودان فيما تضمنه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ غير ما أخذ به المنشور رقم ٢٧ لسنة ١٩١٦ فإنه في المنشور رقم ٣٤ لسنة ١٩٣٣ ، والمنشور رقم ٤١ لسنة ١٩٣٥ قد أخذ بسائر ما اشتمل عليه في مصر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولكن مع أن السودان قد اقتبس من مصر بعد أن دخلت في قوانينها إصلاحات جوهرية نجده مع ذلك في هذه الفترة قد أبرز إصلاحات واضحة فهو قد اعتبر الخلع أو المبرأة لا يسقط بهما من الحقوق المالية إلا ما ينص على سقوطه ، وذلك ترجيح لرأى الإمام محمد من أصحاب أئى حنفية ، وقد خالف في هذا شيخه أبا حنيفة فى الأمرين ، خالف شيخه أبا يوسف فى المبرأة .

وذلك فيما تضمنه المنشور رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٧ ، فهو قد زاد على القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى اعتبر دين النفقة قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . زاد عليه التصريح بأن الخلع لا يسقط الحقوق المالية التى لم ينص عليها ، ومنها دين النفقة .

ومما استقل به القانون السودانى أنه جعل نظام الولاية الإجبارية على الزواج يسير على مقتضى مذهب الإمام مالك الذى يقصر الولاية الإجبارية فى الزواج على الأب ووصيه بالزواج .

٣٤ — ومع ذلك تقرر أن السودان لم يتابع مصر فى أمور ثلاثة .
أولها : فى منع سماع الدعوى إلا بوثيقة زواج رسمية صادرة على يد موظف مختص إذ كان ذلك هو حكم القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . ولعل السبب فى ذلك أن علماء السودان لم يريدوا تقييد طريق الإثبات ، وذلك بمنع سماع الدعوى إلا بوثيقة فإن هذا يفرض أن يكون زواج ثابت صحيح بحكم الشرع ومع ذلك لا يحكم بآثاره ، لأن الحياة مازالت فى بعض الأوساط السودانية ساذجة قد يكون التوثيق الرسمى غير متيسر فى كل الأحوال ، ولأنه لم يظهر تلاعب بكتابة أوراق عرفية بعقود لم تقع ؛ إذ أن ذلك يكون حيث لكثرت العلاقات غير الشرعية التى يراد إعطاء أوراق بعقود لها ، ولم يكن ثمة عقد .

ثانيها : أن السودان لم يأخذ بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص

بالوقف ، كما لم يأخذ بأحكام القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته المختلفة لعدم وجود المقتضيات التي أوجبت صدور القوانين المذكورة .

ثالثها : أن السودان لم يأخذ بأكثر التعديلات التي جاء بها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بتنظيم أحكام الميراث ، كما لم ينظم الوصية بالمنهاج الذي نظمت به في القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

٣٥ — ولكن يجب التنبية هنا إلى أن السودان قد سبق مصر ببعض التعديل الذي جاء في قانون الميراث المذكور آنفاً وكذلك المذكور في قانون الوصية ومن ذلك ما يأتي :

(أ) فقد نص المنشور رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٥ على الرد على أحد الزوجين إذا لم يكن من الوارثين مستحق سواهما وذلك بعض ماورد عن عثمان بن عفان رضي الله عنه .

(ب) نص في هذا المنشور أيضاً على الأخذ بمذهب جمهور الفقهاء على إشراك الأشقاء والشقيقات مع أولاد الأم إذا كان أولاد الأم يأخذون بينما لا يستحق الأشقاء شيئاً بالتعصيب .

(ج) نص أيضاً هذا المنشور على أن الجدة الصحيح لا يحجب الأشقاء أو لأب ، وقد أخذ في ذلك بمذهب زيد الذي هو مذهب جمهور الفقهاء .

(د) وقد نص المنشور رقم ٥٣ لسنة ١٩٤٥ على نفاذ الوصية لو ارت من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، كما نص أيضاً على لزوم الوصية بتقسيم التركة الذي هو رأى في مذهب الإمامين الشافعي وأحمد رضي الله عنهما .

٣٦ — هذه صورة واضحة مما تضمنه الإصلاح الذي كان في السودان ، وإنه لما يسر القارئ أن الذي أشار بهذا الإصلاح هو قاضي القضاة ، وقد كان يعين من مصر ، وأياً كانت صورة هذا الإصلاح ، وسواء أخذ به في مصر أم لم يؤخذ فهو نوع من المجاوبة الروحية بين الشعبين الشقيقين

الذين يسكنان رقعة واحدة من الأرض ، ويدينان بدين واحد ، ويتكلمان بلغة واحدة .

ولما نلرجو بعد أن تقلص ظل الاجنبي من السودان وبعد أن زال من مصر أن تتوثق العلاقة الروحية ، في ظل المودة الواصلة ، والتعاون الوثيق والسير نحو الوحدة الفكرية والاجتماعية والاقتصادية ، سواء أنحفظت الوحدة السياسية أم لم تتحقق .

في العراق

٣٧ - إن العراق نبت فيه المذهب الحنفي ، إذ نشأت فيه الآراء الفقهية لمدرسة أبي حنيفة . فيقال عن فقه هذه المدرسة إنه الفقه العراقي ، ولم يختص فقه بهذه النسبة غير الفقه الحنفي ، ولهذا العلاقة الوثيقة بين الفقه الحنفي والعراق وأهله ما زال ذلك الفقه هو صاحب السلطان في أحكام الأسرة ، وله أيضاً سلطان في القانون المدني . فازالت المجلة وهي خلاصة المذهب الحنفي في المعاملات تحتل مكاناً في القانون المدني العراقي .

ولقد استمر المذهب الحنفي في الأحوال الشخصية هو الأصل ، ولكن القانون الاساسي العراقي فتح الباب لغيره ، ذلك بأن العراق يسكنه من الشيعة عدد كبير ، فكان لا بد أن يتسع التطبيق المذهبي لآراء أئمتهم ، ولذا جاء بالمادة ٧٧ من القانون الاساسي العراقي ما نصه :

يجرى القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام خاصة ، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له مع بقاء القاضيين السني والجعفرى في مدينتي بغداد والبصرة .

ويرى من هذا النص أمران :

أحدهما : أن البلد الذي يكثر فيه اتباع مذهب يكون القاضي من مذهب

هذه الأكثرية ، فإذا كانت مدينة أو ناحية يكثر فيها الحنفية ، فالقاضي حنفي . وإن كانت الأكثرية مالكية فالحنفي ، وإن كانت الأكثرية شافعية فشافعي . وهذا مقتضى ما يدل عليه النص .

الثاني : أن مدينة بغداد ومدينة البصرة يجب أن يكون في كل واحدة منهما قاضيان أحدهما سني والآخر جعفري شيعي ، ويظهر أن ذلك لتقارب العدد بين الطائفتين ، وظاهر الأحوال يفيد أن القاضي السني يكون حنفياً ، لأن المذهب الحنفي له المقام والاعتبار بجوار المذهب الجعفري .

٣٨ - ولقد كان لذلك الاختلاف التطبيق أثره في قانون المرافعات الذي ينظم طرق التقاضي ، فقد جاء في ذيل هذا القانون مانعه : « في الدعاوى المتعلقة بالمواد الشخصية كالنكاح ، وما يتفرع عنه والهبية والوصية والإرث والحجر والوقف إذا كان الطرفان من مذهب غير مذهب الحاكم ، وطلباً بالاتفاق أن تحال القضية إلى عالم من مذهبهما فعلى الحاكم إحالتها وفقاً للطلب وبعد أن يحسمها العالم تعرض عليه فيؤيدها ، وينظم بذلك إعلاماً ، . . .

وفي هذه المادة فرض أن الخصمين من مذهب واحد وأرادا الاحتكام إلى عالم معين ، وإذا تخلف الفرض الأول ، وهو أن يكونا من مذهب واحد ، بل من مذهبين مختلفين فإن القاضي الحنفي أو الجعفري هو الذي يقضى على حسب أكثرية المكان ، وإذا تخلف الفرض الثاني ، وهو أن يتفقا على عالم بعينه ، ولكنهما يطلبان الحكم لهما بمقتضى مذهبهما ، فقد نص قانون المحاكم الشرعية على هذه الحال في المادة الثامنة منه فقد جاء فيها :

« على القاضي عندما يحيل القضية إلى عالم بمقتضى هذا القانون أن يرسلها إلى العالم الذي يتفق عليه الطرفان ، وإذا لم يتفقا فإلى العالم المسلم عليه لدى وزارة العدلية ، وإذا لم يوجد فإلى العالم الذي يرى فيه الكفاءة اللازمة لإبداء الرأي في القضية . وإذا اتفق الطرفان في قضية مقدمة إلى قاض سني

على أن تطبق على قضيتهم أحكام أحد المذاهب الأربعة ، فعلى القاضى أن يطبقها ، ولتحقق تلك الأحكام يجوز أن يحيل تلك الدعوى إلى عالم من المذهب المتفق عليه إن رأى ذلك لازماً .

ومن هذه المادة يفهم أن المتحدين فى المذهب شافعيين أو مالكيين ، أو حنبلين لهما أن يتحاكما إلى عالم من مذهبهما ، وأن يعينه عند القاضى على أن يكون من العلماء الذين تقرر علمهم فى المذهب بصفة رسمية ، فإن لم يكن ذلك فللقاضى أن يختار من يثق به .

٣٩ - وإن المادة لاكتفى بذلك ، بل تجيز لآى خصمين أن يتفقا على اختيار مذهب من المذاهب الأربعة ليقضى لهما بمقتضى أحكامه ، والقاضى يقضى بهذه الأحكام على مقتضى علمه بهذا المذهب إن توافرت لديه أسباب المعرفة ، وله أن يحيل من تلقاء نفسه القضية إلى عالم من علماء هذا المذهب . ويجب أن يلاحظ فى ذلك أمران :

أحدهما : أن العالم الذى يحال عليه نظر الدعوى لا يكون حكمه ملزماً إلا إذا صادق عليه القاضى الذى أحال القضية . ولا ينفذ إلا بعد إعلان ذلك القاضى .

ثانيهما : أنه إذا كان الخصمان حنفيين أو جعفريين ، فلا مناص من الحكم بالمذهب الحنفى أو المذهب الجعفرى ، وإذا كان القاضى شافياً ، والخصمان جعفريين فلا بد أن يحيل القضية على عالم جعفرى ، وكذلك إذا كان الخصمان حنفيين ، وكان القاضى فى المنطقة جعفرياً ، فإنه يحيل القضية على عالم شافى .

٤ - ويستخلص من هذا كله أن العراق قد اتسع التطبيق فيه للمذاهب الإسلامية الخمسة ، المذهب الجعفرى ، والمذاهب الأربعة ، وأن القضاء فيها مرن يتسع لهذه المذاهب كلها ، وأن السبب فى هذه المرونة هو جواز التحكيم لعالم من علماء مذهب الخصمين ، وتنفيذ القاضى لما يحكم به ، وإن ذلك فيه نفع وقد يوجه إليه نقد ، أما النفع فهو التوافق بين الحكم الذى يحكم به فى نظام

الأسرة والضمير الديني ، فإن الذي يعتنق مذهباً ويطمئن إليه أحكامه تتفق مع ضميره الديني تمام الاتفاق ، وإن ذلك له فائدته ، وربما تكون تلك الاستراحة النفسية إذا قضى له بغير مذهبه ، وخصوصاً إذا كان الاختلاف ليس فقط في طرق الاجتهاد في الفروع ، بل في أمر يتصل بالمناهج الطائفية ، لا بالناحية المذهبية الفرعية فقط .

ولأنه إذا كان الافتراق الطائفي قد فترت حدته ، قد بقيت مع ذلك آثاره وفوق ذلك فإن ذلك الاتساع قد أوجد فرصة للتحكيم ، فإن القضية إذ أُحيلت على عالم موثوق به من طرفي الخصومة ، فإنه بلا شك سيعمل على حسم الخصومة ، لا على الحكم فقط بينهما ، وكل تحكيم في شأن الأسرة هو محمود المغبة ، لأنه يندر أن يصل التقاضي في مجلس القضاء إلى إصابة موضع النزاع ، وحسم الداء ، بينما يصل التحكيم إلى هذه الغاية في أكثر الأحوال .

٤١ - هذا وجه النفع في الرجوع إلى عالم من علماء المذهب ، أما وجه النقد فهو أن من المصلحة أن يكون القانون الذي يحكم به في الأحوال الشخصية معروفاً بمحدود المعالم ببنياً واضحاً ، وإن القانون كلما كان واحداً للجميع كان أقرب إلى العدالة ، وخصوصاً أن الخلاف في مسائل الزواج والطلاق ليس كبيراً حتى بين الشيعة والسنة ، وما عساه يكون من خلاف ليس بجوهري إلا في بعض مسائل محدودة جداً كإجازة المتعة عند الشيعة ، وعدم إجازتها عند السنين ، ولا ندري هل يستمسك بها الشيعة استمساكاً شديداً حتى لا يكون ثمة مجال للتساهل لمنعها ، باعتبارها لا تتفق مع القدسية الواجبة لعلاقة الرجل والمرأة في دائرة الشرع الشريف .

وفوق ذلك فإن إعطاء الحق للتقاضي بأي مذهب قد يكون مدعاة للتلاعب بالأحكام الشرعية ، والفرار من قيود أي مذهب من المذاهب .

٤٢ - وقد أدرك المصلحون في العراق وجه الحاجة إلى قانون مسنون لأحكام الأحوال الشخصية ، إن لم يكن واحداً لكل سكان العراق فإنه

يكون مقرباً ، ملزماً في كل ما يتحد فيه المذهب الحنفي والمذهب الشيعي ، وما يمكن أن يتلاقى فيه المذهب الشيعي مع أوجه الإصلاح التي تقتبس أصولها من المذاهب الأخرى ، ولذلك وجدت دعوات إلى سن قوانين للأحوال الشخصية ، ولقد جاء في كتاب الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية :
« وسواء أكان العمل بالمذهب الحنفي أم بالمذاهب الأخرى الإسلامية أو العادات المذهبية لغير المسلمين فالأمر لا يخلو من مخدورات كثيرة هي وقوع غير المسلمين تحت حظر أحكام في الأحوال الشخصية ، وعلى الأخص النكاح والافتراق والنفقات - لا تستند إلى قواعد ثابتة معلومة للجميع ، ووقوع المسلمين تحت قضاء محكم لا يوجد فيها حكم قادرون على استنباط أحكام من الكتب الفقهية ؛ لذلك ضج الناس بالشكوى ، وطالبوا بتدوين الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين ولغير المسلمين ، وقد استجابت الحكومة لهم فأصدرت بعض القوانين والأنظمة للأحوال الشخصية بغير المسلمين وقدمت لائحة بأحكام الأوقاف إلى المجلس النيابي ، ولائحة أخرى لإدارة الأوقاف ، ولائحة للأحوال الشخصية من نكاح وفراق وإرث ونفقة ونسب وولاية وإيصال ، ولكن الحكومات المتعاقبة لم توفق إلى تشريع تلك اللوائح وإمرارها في المجلس ، بل اصطدمت بصخرة قوية ارتدت تجاهها الحكومة وأذعن للاستعانة بالزمن منتظرة حلول الفرصة المناسبة . وهكذا نام المشروعان ، (١) » .

٤٣ - هذا صوت ينادى بالإصلاح ، وقد سار الإصلاح خطواته ولكنه وقف عند آخر دور من أدواره ، ولعل الذي وقفه عن أن يصل إلى غايته هو ما في العراق من طوائف لا تعمل السياسة على التقريب بينها ، بل تعمل على توسيع الهوة ما أمكن ذلك .

ولقد زجعنا إلى الإصلاح الذي اشتملت عليه اللائحة التي أعدت خاصة

(١) كتاب الأحوال الشخصية والتطبيقات الشرعية للأستاذ محمد أحمد العمر .

بالزواج والطلاق ، فوجدناها تتجه إلى بعض النواحي التي اتجه إليها القانونان المصريان : القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ولعل خير ما اشتملت عليه تلك اللائحة هو النص الذي اشتمل على التحكيم ، إذ جاء فيه :

يكون مجلس تحكيم لإصلاح ذات البين ، وإذا ظهر للمجلس فيه أن الإصلاح غير ممكن يقدم للقاضي تقريراً يفصل فيه الحالة ، ويعين الطرف الذي ظهر منه التقصير . فإن كان الزوج يحكم القاضي بالتفريق ، وإذا كان الزوجة تجرى المخالعة على تمام المهر أو قسم منه ، والحكم الصادر من القاضي بمقتضى هذه المادة يتضمن الطلاق البائن^(١) .

٤٤ - وإتنا لندرجو أن نرى قريباً العراق يسن قانوناً يجمع خير ما في المذهب الجعفري ، والمذاهب السنية في أحكام الزواج ، والطلاق وآثارهما . وإن مصر قد أخذت في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من مذهب الجعفرية مبدأ أن الطلاق المتعدد لا يقع إلا مرة واحدة . وأخذت في قانون الوصية مبدأ إجازة الوصية لو ارث من الجعفري أيضا .

ولأنه إذا وجد ذلك القانون المستنبط من مذاهب السنة والشيعة يكون هذا تقريرا عمليا ، ولا يكون ثمة ما يوسع الطوة ، والله سبحانه وتعالى هو الموفق لجمع شمل المسلمين .

(٢) الكتاب المذكور ..

الزواج

تعريفه:

٤٥ — يعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استمتاع كلٍّ من العاقد بالآخر على الوجه المشروع ، وهذا تعريف بالغاية والمقصد ، وهو ما يسمى عند المناطقة التعريف بالرسم ، وإنه بلا شك من أجدى غايات الزواج حل الاستمتاع .

وقريب من هذا تعريف صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً ، وهذا التعريف ، وإن كان بالحد لا بالرسم - لأنه اتجه إلى بيان حقيقة العقد لا غايته - هو متقارب مع الأول في معناه ، لأنه يتجه في معناه إلى أن القصد الأول من العقد هو المتعة ، وكلمة قصداً ، التي جاءت في التعريف الثانى سبقت ليخرج عقد البيع الذى يرد على أمة فإنه يفيد ملك المتعة ، لكنه ليس بمقصود للمتعة ، إذ المقصود الأول من عقد البيع هو ملك الرقبة ، لا ملك المتعة ويحىء ملك المتعة تابعاً - تابعاً لملك الرقبة ، ولا شك أن ذلك النوع قد انتهى بانتهااء الرق في العصر الحاضر ، وبانتهاء أسبابه في الإسلام .

٤٦ — وإن التعريفين ينتهيان في معناهما إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها ، وهذا يشير إلى أن هذا هو مقصده عند الناس ومقصده عند الشارع أيضاً وقد يكون من مقاصده عند الناس ، بل قد يكون أهم مقاصده عند بعضهم ولكنه ليس مقصد الشارع ، وليس أهم المقاصد عند الفضلاء الذين سمت مداركهم ، وليست أسمائها عند العلماء أجمعين ، بل إن القصد الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنسانى وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحى

الذى يؤلف بينهما ، وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها . ولذا قال تعالى : « ومن آياته أنه خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » .

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى ، فقد قال السرخسي في المبسوط : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما يبناه من أسباب المصلحة . ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي ، المطيع للبعث الدنيوية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه ، بل المقصود بها إظهار الحق :

٤٧ — وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الإسلامي ، فإنه يجب بيانه بتعريف كاشف عن حقيقته . والمقصود منه عند الشارع وعند العقلاء ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق ، وما عليه من واجبات ^(١) » .

والحقوق والواجبات التي تستفاد من هذا التعريف من عمل الشارع ، إذ هي تنشأ من الأحكام الشرعية التي رتبها الشارع على هذا العقد . وإن التعريف يبدو أنه تعريف بالرسم لا بالحد ، لأنه تعريف بالغاية لا بالحقيقة وبيان الماهية .

مكرمة :

٤٨ — مما تقدم يتبين أن المقصود من الزواج في الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسي ، بل الغرض أسمى من ذلك ، ولذلك اعتبره النبي صلى الله عليه

(١) هذا التعريف ينطبق على ما جاء في القانون السوري إذ ما جاء في المادة الأولى التي لصاحها « الزواج عقد بين رجل وامرأة تحمل له شرعا ، غايته لإنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسب » .

وسلم سنة الإسلام . فقال . وإن من سنتنا النكاح ، وما كان الزواج سنة الإسلام ، لأن فيه قضاء الطبع الإنسانى فقط ، بل لمعان اجتماعية ونفسية ودينية منها :

(أ) أن الزواج هو عماد الأسرة الثابتة التى تلتقى فيها الحقوق والواجبات بارتباط دينى يشعر الشخص فيه بأنه يقوم بحق الآخر بأمر دينى وتنفيذ رابطة مقدسة تعلو بإنسانيته ، فهو علاقة روحية تليق برقى الإنسان وتسمو به عن دركة الحيوانية التى تكون علاقة الذكر والأنثى فيها هى الشهوة الهيمية فقط ، وهذه الناحية النفسية الروحية هى المودة التى جعلها الله تعالى بين الزوجين . وهى التمازج النفسى الذى عبر الله سبحانه وتعالى عنه بقوله تعالى : « من لباس لكم وأتم لباس لهن » .

ولإذا ارتقت العلاقة إلى ذلك النحو من السمو كان فى الزواج ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر ، كما قال الغزالي فى فوائده : « فيه إراحة للقلب وتقوية له على العبادة ، فإن النفس ملول . وهى من الحق نفور ؛ لأنه على خلاف طبعها . فلو كانت المداومة بالإكراه على ما يخالفها جمحت وثار ، وإذا روحت باللذات فى بعض الأوقات قويت ونشطت ، وفى الاستئناس بالنساء من الراحة ما يزيل الكرب ، ويروح عن القلب ، وينبغى لنفوس المتقين استراحات بالمباحات . ولذا قال تعالى فى شأن الزوجة . ليسكن إليها » .

(ب) والزواج هو المقوم الأول للأسرة ، والأسرة هى الوحدة الأولى لبناء المجتمع . فإذا كان الإنسان حيواناً اجتماعياً لا يعيش إلا فى مجتمع . فالوحدة الأولى لهذا المجتمع هى الأسرة ، فهى الخلية التى تتربى فيها أنواع النزوع الاجتماعى فى الإنسان فى أول استقباله للدين . ففيها يعرف ماله من حقوق ، وما عليه من واجبات ، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية . وتبذر بذور الإيثار « فتنمو أو تحبوا بما يصادفها من أجواء فى

الحياة العامة ، وفي الجملة إن المجتمع القوي إنما يتكون من أسر قوية . لأنها وحدة البناء .

(ح) وإن حفظ النوع الإنساني كاملاً يسير في مدارج الرقي إنما يكون بالزواج ، فإن المساعدة لا تحفظ النوع من الفناء ، وإن حفظته لا تحفظه كاملاً يحى حياة إنسانية راقية^(١) واعتبر ذلك بالأمم التي قل فيها الزواج ، فإن نقصان سكانها يتوالى بتوالى السنين . بينما يتكاثر غيرها ممن يقوم بناؤها الاجتماعي على الزواج . ولقد كان النبي ﷺ يبحث على طلب النسل بالزواج ، وقد روى معقل بن يسار أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله : أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد . أفأزوجه . فقهاه ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثركم بالأمم » .

(١) كانت الحرب الأخيرة بويلاتها سبباً في تفتيت الأسر ، ووجود عدد كبير من الأطفال لا آباء لهم ولا أمهات ، فقامت على رعايتهم ملاجئ ، وكانت هذه فرصة مواتية للموازنة بين طفل يربي بين أبويه والطفل يربي في الملاجئ ، من حيث النمو الجسمي والعقل وال عاطفي والخلق ، وقد اتهمها العلماء فتولوا هذه الدراسة فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي في السنة الأولى ينمو ابن الملاجئ نمواً حسناً ربما كان خيراً من نمو أحد بين أبويه لو تكفلاه ، بفضل الرعاية الصحية والغذاء الطبي السكافي في ملاجئ أوروبا ، وبعد مجاوزة العام الأول يدخل في التكوين الجسمي عامل العاطفة والنطق والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبويه يفوق ابن الملاجئ ، وتقول مؤلفة كتاب « أطفال بلا أسر » وكلما وازنا بين أطفال الملاجئ الذين تجاوزوا العام الأول وبين أطفال المنازل في مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست في صالح الأولين ، ثم تتكلم في نمو حاسة النطق فتقول : « بداية الكلام الحقيقي تنمو على أساس المصلحة المباشرة بين الطفل ووالديه ، فالطفل يبرزته يدرك كل انفعال يشيرانه ، فهو يرقبهما وقد التصيرات المختلفة التي تظهر على وجهيهما ، وهذا الانفعال العاطفي والتقليدي فيه من القوة ما يدفع إلى الكلام » وتقول في ختام كتابها : « في خلال خمس السنين الأولى في حياة الطفل تعمل القوى الفريزية البدائية عند الطفل في نشاط واضح ، وفي علاقات الطفل الأولى بوالديه يستخدم هذه القوى ، ثم يتغلب عليها بإدماج نفسه في رغبات والديه فتسكت غرائزه ويكون الضمير الوام ، ويبدأ الطفل حياة جديدة لإسائها كبت الغرائز وموافقها (اقرأ كتاب أطفال بلا أسر ترجمة محمد بدران ورمزي يسي) .

(د) والزواج هو الراحة الحقيقية للرجل والمرأة على سواء ، إذ أن المرأة تجد فيه من يكفل لها الرزق ، فتعكف على البيت ترعاه وعلى الأولاد ترأهم ، وفي ذلك ما يتفق مع طبعها ، وكل ما يتفق مع الفرائز العالية هو الراحة ، وإن كان في ظاهر من المشقة أحياناً ، والرجل بعد لأواء الحياة ومتاعها يجد في بيت الزوجية جنة الحياة ، وكأنه واحة وسط صحراء الدنيا ، ولولا الزواج لكان الإنسان - رجلاً أو امرأة - أفاقاً لا مأوى له ، ولا سكن ولا مستقر .

ولا نقصد بالراحة الاستئانة إلى المتع واللذات والامتناع عن التبعات ، والبعد عن التكليفات الاجتماعية ، فإن هذه هي الراحة الحيوانية ، إنما نقصد بالراحة راحة الإنسان الذي يسير في مدارج الكمال ، وتعلو تبعاته بمقدار كماله ، ولذلك لا ننفي عن الزواج ما فيه من تبعات ، لأنها ضريبة الإنسانية العالية وتكليفها . ولقد أدرك ذلك المعنى المستقيم الكتاب المسلمون الأولون ، فعدوا من فوائد الزواج هذه التبعات التي تنبأ من الكمال الإنساني ، ولذا قال الغزالي إن من فوائده : مجاهدة النفس ورياضتها بالرعاية والولاية والقيام بحق الأهل ، والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن ، والسعى في إصلاحهن وإرشادهن إلى طريق الدين ، والاجتهاد في كسب الحلال لأجلهن والقيام بتربية أولاده ، فكل هذه أعمال عظيمة الفضل ، فإنها رعاية وولاية ، والأهل والولد رعية ، وفضل الرعاية عظيم ، وإنما يحتزم منها من يحتز خيفة القصور . وفي الحق إن الزواج مظهر من مظاهر الرقي الإنساني ، وهو راحة النفس العالية ومستقرها وأمنها وسكنها ، وهو تكليفات اجتماعية ، فمن أحجم عنه فقد فر من الواجبات الاجتماعية . ونزل إلى أدنى دركات الحيوانية .

٤٩ - ولهذه المعاني العالية حث الإسلام عليه ، ودعا الشباب إليه ، فقد جاء في صحاح السنة عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ،

ومن لم يستطع فعله بالصوم فإنه له وجاء^(١).
وقد روى أن النبي ﷺ قال : « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة .
وروى قتادة أن النبي ﷺ نهى عن التبتل (أى عدم الزواج) ثم قرأ قتادة :
« ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية ، .
وعن أنس أن قرأ من أصحاب رسول الله ﷺ قال بعضهم : « لا أتزوج ،
وقال بعضهم أصلى ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر ، فبلغ ذلك
النبي ﷺ فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا . لكنى أصوم وأفطر
وأصلى وأنام وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني . »

الوصف التكليفي للزواج

٥٠ — نقصد بهذا العنوان ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم
التكليفي ، وهو كون الزواج مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو فرضاً أو مكروهاً
أو حراماً .

والمراد بالمباح ما لم يطلبه الشارع لا طلب فعل ولا طلب ترك ، والمندوب
ما طلب الشارع فعله من غير إلزام ، أى لا يكون إثم على من لا يفعله ،
ويكون ثواب لمن يفعله ، والواجب ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم ،
ولكن يثبت الوجوب بدليل ظني فيه شبهة ، والفرض ما طلب الشارع فعله
بدليل قطعي لاشبهة فيه ، والحرام ما يثبت طلب تركه بدليل قطعي لاشبهة
فيه ، والمكروه ما يثبت طلب تركه بدليل ظني فيه شبهة .
وهذا التقسيم عند الحنفية ، وغيرهم لا يعتبر مرتبة بين الفرض والواجب .

(١) هذا الحديث يجمع عليه . والمراد بالإثارة بتكليفات اللازمة للنكاح . والوجاء
مأخوذة من وجأ بمعنى قطع . أى أن الصوم قاطع للمهوء . عند من لم يستطع الزواج .
وذلك لأن الصوم يلقى في النفس روحانية . ويقوى الإرادة . وفي ذلك كف للنفس عن
الحرام .

٥٨ — وقد قالوا إن النكاح تعتريه الأحكام الخمسة الفرضية والوجوب،
والكراهة والتحريم والنسب .

(أ) فيكون فرضاً أحياناً وذلك إذا كان المكلف يتأكد الوقوع في الزنى
إن لم يتزوج ، وهو قادر على تكاليفات الزواج ووافق من أنه يعدل في معاملة
من يتزوجه ، وذلك لأنه في هذه الحال متيقن الوقوع في الزنى ، إن لم يتزوج
وترك الزنى لازم لزوماً لاشك فيه ، وطريق تجنبه الزواج ، ومن المقررات
الفقهية أن ما لا يؤدي الواجب إلا به يكون واجباً ، وما لا يؤدي الفرض
إلا به يكون فرضاً ، كالسعي للصلاة يوم الجمعة فإنه يكون فرضاً لأنه لا تؤدي
الصلاة إلا به ، وترك الزنى لازم ، فيكون ما يؤدي إليه لازماً بلزومه .

(ب) ويكون أحياناً واجباً ، وذلك إذا كان المكلف قادراً على تكاليفات
الزواج وإقامة العدة مع من يتزوج ويغلب على ظنه الوقوع في الزنى إن
لم يتزوج ، والإلزام في هذه الحال دون الإلزام في الحال السابقة ، وذلك
لأنه لم يتأكد الوقوع في الزنى إن لم يتزوج ، بل غلب على ظنه ، وقوة
الإلزام في الزواج تؤخذ من مقدار خشية الوقوع في الزنى .

(ج) وإذا كان المكلف غير قادر على نفقات الزواج ويتأكد الوقوع
في الظلم إن تزوج يكون الزواج حراماً ، لأن كل ما يفضى إلى الحرام يكون
حراماً ، والظلم حرام فيكون الزواج حراماً إذا أفضى إليه .

(د) وإذا كان المكلف يغلب على ظنه أنه يقع في الظلم إن تزوج
يكون الزواج في هذه الحال مكروهاً خشية أن يؤدي إلى الظلم المتوقع
إذا تزوج .

وهنا يرد سؤال : هو إذا كان الشخص في حالة نفسية يقطع فيها بالزنى
إن لم يتزوج ، ويقطع فيها بالظلم إن تزوج فماذا يكون حكم الزواج منه ؟
أغلب جانب التحريم أم يغلب جانب الفرض ؟ والجواب عن ذلك : إن
(٤ - محاضرات في الزواج)

المحرم لا يبيح المحرم ، فالزنى لا يبيح الظلم ، والظلم لا يبيح الزنى ، إنما هو مطلوب بالآل يظلم وألا يزنى وعليه أن يقوى عزيمته فلا يزنى ، أو يهذب نفسه فلا يظلم ، وليقم بأسهل الأمرين على نفسه ، ولعل النبي ﷺ قد قدر هذه الحال ، فقال فى ختام الحديث : « ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فقد أمر فى هذه الحال بالصوم ؛ لأن الصوم بروحانيته يمنع النفس عن الشهوات ويقوى العزيمة والإرادة ، وفى الجملة من تردد بين حرامين فالواجب ألا يقع فى واحد منهما .

وإذا كان الشخص فى حال اعتدال لا يقع فى الزنى ولا يخشاه إن لم يتزوج فإن فقهاء الحنفية يرون أن الزواج فى هذه الحال يكون مندوباً أى أنه يكون سنة يحسن فعله ولا يآثم من يتركه .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الأصل فى النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب على اختلاف العبارات الواردة فى الكتب ، وكلها بمعنى واحد تقريباً ، والفرضية والكراهة والتحريم تجيء لأمر عارضة ترفع النكاح إلى رتبة اللزوم أو تنزل به إلى درجة المحرم .

٥٢ — ذلك كلام الحنفية فى الحكم التكليفي بالنسبة للزواج ، يعتبرون الأصل أنه مندوب ، وهو جوهر الموضوع فى الأصل ، وهو الذى خالف فيه بعض الفقهاء ، أما الأمور الأخرى التى تعرض بالنسبة لحال المكلف فهى من تطبيق نظرية أصولية قد اتفق عليها علماء الأصول من كل المذاهب ، وهى أنه ما يفضى إلى الحرام فهو حرام ، وما يفضى إلى الواجب فهو واجب ، وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الحكم بالفرضية والتحريم والكراهة متفق عليه فى المذاهب الإسلامية ، ولا خلاف فيه إلا ما اختص به الحنفية فى أصولهم . وهو إيجاد مرتبة بين الفرض والمندوب ، وهو ما يسمى بالواجب ، أما الباقى من هذه الأحوال العارضة وأحكامها ، فبمقتضى التطبيق لتلك القاعدة الأصولية المتفق عليها تكون فى حكم المجمع عليها .

وهذه القاعدة قد طبقتها أيضاً الشيعة الزيدية والإمامية في حكم الزواج .
إذا أدى تركه إلى الوقوع في الزنى أو أدى الإقدام عليه إلى الظلم . فقد
جاء في الروض النضير مانصه :

« إذا اتفق للمكلف أن يعلم أو يظن أنه يعصى لتركه ، كالزنى ، ما في
حكمه ، أو كان عليلاً يخشى أن يباشر عورته من لا تحل له مباشر وجب عليه
النكاح . . . ويكون متعلق الوجوب كونه يجب عليه اجتناب المحظور ،
وإذا كان لا يتم اجتنابه إلا بالنكاح أو التسرى وجب عليه أحدهما ما تقر من
أنه ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وجب كوجوبه إذا كان متمكناً^(١) . .
ثم يذكر الأحكام التكليفية الخمسة ويقول إنها تعترى الزواج ، ويقول
في ذلك : « ذكره الشيخ تقى الدين في شرح العمدة فقال : « وقد قسم بعض
الفقهاء النكاح إلى الأحكام الخمسة ، وجعل الوجوب فيما إذا خاف
الغت ، وقدر على النكاح إلا أنه لا يتعين واجباً ، بل إما هو وإما التسرى .
وتفسير بقية الأحكام الخمسة مبسوط في الكتب الفقهية^(٢) . »

وبقية بيان الأحكام الخمسة التي أشار إليها هي على النحو الذي بيناه .
٥٣ - وبذلك يتبين أن الأقوال في هذا المقام متلاقية بين المذاهب
الأربعة وغيرها ، لأن المعاني الفقهية التي قام عليها التقسيم أصل من الأصول
الفقهية المجمع عليها ، فيكون ما بيني عليها متفقاً عليه .
إنما موضع الخلاف هو في حال الاعتدال التي هي الغالبة ، والقول فيها
قول في أصل حكم النكاح ؛ فإن الأحوال الأخرى عارضة والأقوال في حال
الاعتدال ثلاثة :

أولها : قول الزيدية ، وهو قول الجمهور إن النكاح يكون مندوباً في حال
الاعتدال ، وقد استدل أصحاب هذا القول بدليلين .

(١) روض النضير شرح المجموع الكبير ج ٤ ص ٤

(٢) الكتاب المذكور .

أولهما : النصوص المتضافرة الدالة على فضيلة النكاح ، وعلى الثواب فيه
إذا كانت العشرة الحسنة ، فقد قال النبي ﷺ : « يامعشر الشباب من استطاع
منكم الباءة فليتزوج ، وقد روى أن النبي ﷺ قال : « تزوجوا فإنى مكاثر بكم
الأمم ، وقد جاء في جمع الجوامع للسيوطي أن رسول الله ﷺ قال : « إن
الرجل إذا نظر إلى امرأته ، ونظرت إليه نظر الله إليهما نظرة رحمة ، فإذا
أخذ بكفها تساقطت ذنوبهما من خلال أصابعهما ، وإن النبي ﷺ قد لزم
الزواج ، وأكثر الصحابة كدتك ، وهذا كله يدل على أن الزواج قد طالب
به أنشراح طلبا أكبر من درجة المنباح ، وعلى أن فيه ثوابا ليس في المباح ،
ولكنه ليس بفرض ، لأن بعض أهل الصفة كان فيهم غير المتزوجين ، ومع
ذلك لم يستنكر الصحابة منهم ذلك ، ولو كان فرضاً لعد في الفرائض ،
ولكنه لم يعد منها في شيء .

الدليل الثاني : إن الشخص وهو في حال الاعتدال عرضة للوقوع في
الزنى ، ومن حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه ، والمحارم حمى الله تعالى
والوقاية من الوقوع فيها ، والابتعاد عن حماها يكون بالنوافل ، ولا شك
أن الزواج فيه ابتعاد عن الزنى ، فكان نافلة تمنع الوقوع ، ولو في حال
الاعتدال .

وإن النبي ﷺ أشار إلى أنه ليس بفرض ، بدليل أنه في حال عدم
القدرة طالب بالصوم ، ولم يقل أحد إن الصوم في هذه الحال فرض ،
فلا يكون مقابله ، وهو الزواج في حال القدرة فرضاً أيضاً .

٥٤ - القول الثاني : إن الزواج في حال الاعتدال فرض وهذا قول
الظاهر ، ورواية عن الإمام أحمد . وذهب إليه بعض الشافعية ، وذهب
إلى أنه فرض كفاية بعض الحنفية فقد جاء في كفاية الأحكام مانعه :
« وهـ . فرض عند أصحاب الظاهر ، وفرض كفاية عند بعض أصحابنا كالجهاد

بظاهر الأوامر الواردة فيه () ، .

وإن هذا النص يستفاد منه أن الزواج فرض كفاية عند بعضهم ، وهـ .
عند الأكثرين سنة كجمهور فقهاء أهل السنة ، وأساس القول الذي يهرر
أنه فرض كفاية هو أنه مندوب بالجزء فرض كفاية بالكل ، فيندب لكل
قادر عليه أن يتزوج ، وإذا امتنع الناس في إقليم أو مدينة عن الزواج أئموا
جميعاً ويظهر أن هذا القول يتفق مع رأى الذين قالوا إنه سنة أو مندوب ،
ولما خرب العالم الإسلامى أو إقليم منه لو تضافر أهل إقليم أو مدينة على
تركه فوق ما يتبع ذلك من إشاعة الفاحشة في المؤمنين .

وحجة من يقول إن الزواج فرض عين تقوم على دعامتين :

أولاهما : أن النصوص الواردة بالأمر كثيرة متضافرة ، مثل قوله تعالى :
« وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ، ومثل قوله ﷺ :
« تزوجوا فإنى مكأثر بكم الأئمة » ، وقوله عليه السلام « يامعشر الشباب من
استطاع منكم الباءة فليتزوج . فإنه أغض للبصر وأحفظ للفرج » ، ومن لم
يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . والبرام النبى ﷺ له ، والبرام الصحابة
القادرين له . ومن لم يتزوج من أهل الصفة فلعدم قدرته على تكاليف الزواج ،
كن لم يحج لعدم استطاعته . أو لعدم وجود الزاد والرحلة ونفقات السفر .
وثانيتها : أن الشخص في حال الاعتدال عرضة للزنى ، وإن الاحتياط
يوجب عليه أن يمنع كل الأسباب التى قد تفضى إليه ، وإن بقاءه من غير
زواج يجعله عرضة فى كل حال لهذه الفاحشة التى لا يمكن الاحتياط لها
إلا بالزواج .

٥٥ - القول الثالث : وهو قول بعض الشافعية وبعض الزيدية (٢)

أن النكاح فى حال الاعتدال ليس بسنة ، بل هو أمر مباح ، لأن النكاح

(١) الكتابة مع الهدية ج ٢ ص ٢ طبع حجر بفارس .

(٢) البحر الرخا ج ٣ ص ٤ و ٥

من جنس الاعمال الدنيوية كالإكل واللباس والسكن ، ولذا يقع من المؤمن وغير المؤمن ، ويقع من البر والفاجر ، والتقى والشفقي . وفيه قضاء شهوة الفرج كما أن الإكل فيه قضاء شهوة الفم والبطن ، ومن يقوم به إنما يعمل لنفسه . وذلك من خواص المباحات ، لا المندوبات ، لأن المندوبات أنواع من العبادات يختص بها المؤمن ويثاب عليها ، ولذلك كان الاشتغال بالنوافل أفضل إن لم يخش الوقوع في الزنى ، فإنه إن كان يخشى الزنى لا يكون حينئذ في حال اعتدال .

وقد يجاب عن هذا بأن الزواج ليس فقط قضاء الأرب الشخصى ، إنما فيه القيام بشأن الأهل والولد ، فهو احتمال لتكليف ، وليس قضاء متعة ، وإلا ما كان ثمة فرق بينه وبين الزنى ، ومادام احتمالاً لتكليف : وقد قال النبي إنه من سنته فهو من المندوبات المطلوبة ، وليس من المباحات الجوازية ، ولقد قال كمال الدين بن الهمام الحنفى : « تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتجمل في معاشرة أبناء النوع وتربية الولد ، والقيام بمصلحة المسلم العاجز ، والنفقة على الأقارب والمستضعفين ، وإعفاف الحرم ونفسه ، ودفع الفتنة عنه وعنهن ، ثم الاشتغال بتأديب نفسه ، وتأهيله للعبودية ، ولتكون هى سبباً لتأهيل غيرها ، .

الخطبة

٥٦ - كل عقد من العقود له خطر وشأن يسبقه مقدمات ، ليثبتن كل واحد من العاقلين مدى تحقق رغباته ، ومطالبه في العقد . فإذا تلاقى الرغبات أقدم كل واحد منهما على العقد ، وتلاقى إرادتهما بالإيجاب والقبول فيتم العقد ، ولم ينظم الشارع الإسلامى مقدمات العقود عامة بأحكام خاصة بها ، ولكنه اختص الزواج من بينها بأحكام تخص مقدمته لأنه أخطر عقد ، إذ هو عقد الحياة الإنسانية ، وهو عقد يعقد على نية الدوام والبقاء ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة . ومقدمة الزواج هي ما سمي عند العرب وفي لسان الشرع الإسلامى بالخطبة .

والخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج منها ، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ، وإنه من تمام الألفة وحسن العشرة أن يعرف كل واحد من الزوجين ما عليه الآخر كَخُلُقًا وَخُلُقًا وَدِينًا وَطَبْعًا ، فإن ذلك كله من شأنه أن يجعل عقد الزواج قائماً على أساس قوى يصح أن يستمر إلى أن يقضى كل واحد منهما أجله في الحياة .

وإن معرفة المرأة للرجل من ناحية الخلق ممكنة سهلة ؛ لأن الرجال يغدون ويروحون فمن السهل رؤيتهم ، ومعرفة خلقه لا تكون إلا بالسؤال عنه ، وبالسؤال عن طبائع أسرته ، ومنبته الذى نبت فيه .

وأباح الشارع للرجل أن يرى المرأة التى يخطبها ، بل لىب إليه ، وقال بعض العلماء إنه أوجبها ، والجزء الذى تباح رؤيته هو الوجه واليدان والقدمان . ولا يتجاوز ذلك عند جمهور الفقهاء . وقد أجاز بعض النحهاء تجاوز ذلك القدر .

ولا يحل أن يحتل الرجل بخطيبته قبل الزواج ، بل يراها في غير خلوة .
بأن يكون معها أحد محارمها ، والرؤية تكون عند الخطبة ، ولكن روى
عن الامام الشافعي أنه يفضل أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند نية الزواج .
حتى إذا أتت الرؤية إقداماً أقدم ، وإن أتت لاحقاً لم يكن في ذلك
إيذاء لها .

وهذا نظر حسن ، ويحسن أن تكون الرؤية بحيث لا تعلم هي أو لا يعلم
ذووها بنية الزواج ، وإن ذلك هو ماتوجه اللياقة ، والذوق السليم .

شروط الخطبة :

٥٧ - ويشترط لجواز الخطبة شرطان :

أولهما : أن تكون المرأة سالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة . فلا
يصح خطبة من تكون زوجيتها قائمة ، وتحرم خطبة المعتدة من طلاق
رجعي ، لا بالتعريض ، ولا بالتصريح ، كما تصح خطبة معتدة الوفاة بالتعريض
دون التصريح ، أما المطلقة طلاقاً بانناً مكملًا للثلاث أو غير مكمل ، فإنها
موضع خلاف ، وقد قال صاحب كتاب البحر الزخار ما نصه :

« وتحرم في عدة الرجعي إجماعاً ، وبالتصريح من غير الزوج في كل عدة
إجماعاً ، ويجوز التعريض في المتوفى عنها والمثلثة إجماعاً »^(١) ، ونراه قد
ادعى الإجماع في أربع صور : (١) في منع خطبة المعتدة من طلاق رجعي ،
(٢) وفي جواز خطبة المطلق تصريحاً وتعريضاً ، (٣) وفي جواز التعريض
في المعتدة من وفاة ، (٤) وفي جواز التعريض في المطلقة ثلاثاً .

وإن الثلاثة الأولى الإجماع فيها منعقد بلا شك ، وأما الرابعة ، وهي
جواز التعريض في المطلقة ثلاثاً في أثناء العدة ، فالإجماع فيها غير مسلم ،

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ٨ .

لأن الحنفية يفررون أنها لا تجوز خطبتها لا تعريضاً ولا تصريحاً في أثناء العدة . وإن أراد الإجماع عند الشيعة لقد يكون مسلماً ، وهو أصدق في النقل ، ولكن الإجماع عند فقهاء المسلمين كما تفيد عبارته غير مسلم وتنتهي من هذا إلى أن كل المعتدات تحرم خطبتهن تصريحاً إلا إذا كان الخاضع هو المطلق ، ويجوز عقد جديد ، وأما التعريض فلا يجوز في المعتدة من طلاق رجعي ، ويجوز في المعتدة من وفاة إجماعاً ، والتعريض أن يسوق من الكلام ما هو في ظاهره يفيد غير الخطبة ، ولكن تبدو من حال الخطاب للمستخاطبين إرادة الخطبة كقول النبي ﷺ لأم مسلمة إن مقامى عند الله عظيم ، وقول محمد بن علي زين العابدين لسيدة يخطبها : قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ ، وقرابتي من علي ، وموضعى من العرب ، فقالت له : غفر الله لك يا أبا جعفر . إنك امرؤ يؤخذ عنك تخطبني في عدتي ١١ قال إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ ومن علي . . .

والتعريض دون الكناية ، لأن الكناية يتبين المقصد من الألفاظ . أما التعريض فإن الألفاظ فيه ليس فيها ما يدل على المقصد مطلقاً ، ولكن قرائن الحال . واختيار الزمان والمكان وما يحيط بذلك هو الذى يوجه الكلام نحو الخطبة .

٥٨ — وقد تبين أن أشد الفقهاء تضيقاً في خطبة المعتدة هم الحنفية ، لأنهم منعوا خطبة كل معتدة من طلاق تعريضاً أو تصريحاً إلا من المطلق . ولم يجيزوا الخطبة بالتعريض إلا مع المعتدة من وفاة ، وحجتهم في ذلك من النص والقياس .

أما النص فهو قوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » ، وظاهر الآية أنها خاصة بالمتوفى عنهن أزواجهن من النساء . وأما القياس فهو أن هذا النص المذكور معقول المعنى . ولا بد أن يكون في المتوفى عنها زوجها من المعانى ما اقتضى إجازة الخطبة بالتعريض

بالنسبة لها ، وهذه المعاني منها أن عدتها محدودة المدة بالأشهر أو بوضع الحمل . وكلاهما لا يمكن أن يجرى فيه الكذب ، فليست عدتها بالإقراء حتى يمكن أن تدعى انتهاءها وهي لم تلتئم لتجيب رغبة الخاطب في الزواج ، ومنها أنها لا تقيم في بيت الزوجية ، وتستطيع الخروج ، وعلى ذلك يمكنها أن تستقبل الخاطب في مسكنها من غير خروج ، وهذه المعاني من شأنها أن تجعل خطبتها ممكنة ، ولم يحز التصريح لأن مقتضى القاعدة الفقهية ألا تجوز الخطبة أصلاً لا تصريحاً ولا تعريضاً . ولكن أجاز التعريض استثناء بالنص فيقتصر على مورد النص لا يعمده ، ولأن الخطبة الصريحة تنافي الإحداد على الزوج والزواج السابق ، وقد يكون فيه حرج لا تقارب المتوفى .

هذا هو مذهب الحنفية ، وجهور الفقهاء على إجازة الخطبة بالتعريض بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ببينة كبرى ، ويستدلون على ذلك بما رواه مسلم من أن أبا عمرو بن حفص طلق فاطمة بنت قيس البتة وهو غائب عنها ، فقال لها النبي ﷺ إذا حللت فأذيني ، فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان ، وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، أنكحى أسامة بن زيد فكرهته ، ثم قال أنكحى أسامة بن زيد فنكحته ، فجعل الله فيه خيراً كثيراً واغتبطت .

وقد اعتبروا قوله عليه السلام : إذا حللت فأذيني ، تعريضاً . وعندى أنه ليس بتعريض بخطبة ، لأن الخطبة تقتضي معرفة الخاطب ، ولم يعرف الخاطب ، وفوق ذلك هي لم تفهمه تعريضاً ، بدليل أنها قبلت الكلام مع معاوية وأبي جهم في الفترة بين الانتهاء من العدة ولقاء الرسول ، واحتمال أن خطبة معاوية وأبي جهم في العدة غير واضح ولا دليل عليه ، والظاهرة أنه يعدها تصريحاً .

وقد قالوا أيضاً بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ببينة كبرى ، أن

الامل في وجود علاقة زوجية بينها وبين مطلقها مفقود لأنها لا تحمل له .
إلا بعد زوج آخر ، فلا يضيره أن تخطب بتعريض ، ولكن يبقى الاحتياط
للمدة بمنع التعريض خشية الكذب في المدة .

وجرى خلاف بين الجمهور في مسألتين :

إحداهما : في المعتدة من خلع . أتجوز خطبتها تعريضاً كالمطلقة ثلاثاً ،
قال بعض الفقهاء يجوز ، وقال الأكثر لا يجوز .

والثاني بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، فقد قال بعض
الشافعية تجوز خطبتها تعريضاً ؛ ولكن الأكثرين على غير ذلك ؛ لأنها
ليست كالمثلثة إذ يجوز أن يستأنف المطلق حياة زوجية جديدة ، وهو من
المصلحة بلا شك .

٥٩ — الشرط الثاني من شروط جواز الخطبة : ألا يخطب على خطبة

غيره ؛ لأن ذلك منهي عنه بنص الحديث النبوي : لا يبيع الرجل على بيع
أخيه ولا يخطب على خطبته ؛ ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في
إثائها ، وروى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على
خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » .

ولأن الإسلام دعا إلى الوحدة والوئام والمحبة والوداد ، ونهى عن كل
ما يوجد حقداً أو ضغينة ، ولا شك أنه إذا خطب الرجل على خطبة أخيه
أوجد ذلك نفرة شديدة بينهما وذلك لا يتفق مع هذا المبدأ المقرر .

والخاطب له أحوال ثلاث من حيث إجابته .

الحال الأولى : أن تقبل خطبته ، وفي أثناء السير في عقد العقد يتقدم

خاطب آخر ، فتقدم هذا حرام بالإجماع .

الحال الثانية : أن ترفض خطبة الأول ، وبعد الرفض يجوز تقدم الثاني

بالاتفاق ، وذلك لأنه لو منع لكان معنى ذلك أن من نخطب لا تجوز خطبتها
مطلقاً ، وفي ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول .

الحال الثالثة : هي حال التردد بين الرفض والقبول ، وهذه موضع خلاف بين الفقهاء ، فبعض الفقهاء ، ومنهم بعض الشيعة قال : إن خطبة الثاني تجوز ، واستندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي خطبها النبي ﷺ لأسامة بن زيد وقد سبقه معاوية وأبوجهم ، ولأن عدم قبول الخطاب الثاني قد يكون فيه فوات مصلحة للمخطوبة مع أنه لم يثبت بعد أى حق للخطاب الأول ، ولو كان حقاً معنوياً ، ولأنه مادامت الخطبة لم تتم ، فيكون الأمر فيه كالرفض .

وقال بعض الفقهاء : لا يحل للخطاب الثاني أن يتقدم ، لأنه يجوز أن يكون ثمة قبول ، ولكن حصل الرفض بسبب تقدم هذا الأخير ، ولا شيء يقطع المودة أكثر من ذلك .

٦٠ - وإذا خطب الرجل على خطبة أخيه ، وتم العقد بذلك أصبح العقد أم لا يصبح مع هذا الإثم المرتكب ، قال الظاهرية : لا يصبح العقد ، لظاهر النهي في الحديث ، ولا يمكن أن ينهى الشارع عن أمر ، ويعترف بصحته ، وصحة العقود تقوم على ترتيب الشارع آثارها عليها ، وكيف يرتب الشارع حكماً على أمر قد نهى عنه .

ويقول جمهور الفقهاء وأكثر الشيعة : إن العقد يكون صحيحاً ، وقال ذلك الحنابلة الذين أبطلوا عقد البيع وقت صلاة الجمعة ، وذلك لأن النهي ما كان في أمر مصاحب للعقد ، بل كان في أمر سابق عليه ، ومثل ذلك تلقى السلع المنهى عنه ، فإن النهي عن تلقى السلع سابق لعقد البيع وليس مقترناً به في وقته ، وعلى فرض أن النهي مقترن بالعقد ، فليس العقد هو محل النهي ، إنما الخطبة هي محل النهي ، وليست الخطبة جزءاً من العقد ، ولا مقدمة ضرورية له . فالعقد من غير خطبة سابقة يجوز ، ولو سلم بأن الخطبة لها صلة بالعقد صلة شرط بمحبه . فإن النهي عند كثير من المحققين لا يقتضى الفساد في العقد ، أو لا يقتضى الفساد مطلقاً عند كثيرين .

وروى عن مالك في هذا الموضوع ثلاث روايات :
أولها : كقول الجمهور إن العقد يكون صحيحاً .
والثانية : كقول أهل الظاهر ، إن العقد يكون فاسداً .
والثالثة : إن العقد يفسخ مادام لم يدخل بها ، فإذا دخل بها لا يفسخ ،
لأنه بالدخول قد تأكد العقد .
ولعل هذه الرواية الأخيرة متلاقية مع الثانية ، لأن القاعدة في المذهب
المالكي أن العقد الذي يفسد لحق الغير يزول فساداً بالدخول ولا يفسخ .
وذلك كالمفقود إذا حكم بموته ثم تزوجت امرأته ، وحضر المفقود وتبين
أنه حي فإنها تكون للثاني إن حصل دخول ، وتكون للأول إذا لم يحصل
دخول ، ولذلك شروط مبينة في موضعها .
إجراءات الخطبة :

٦١ - ليس في مصر ولا في العراق ولا في السودان إجراءات خاصة بالخطبة . لأنها ليست عقداً ، وليكنها مقدمات عقد ، ولم تعط مقدمات العقود إجراءات مستقلة عن العقود ، إنما تبث في الإجراءات من وقت الشروع في العقد ذاته .

٦٢ - أما لبنان فلائن فيها طوائف مختلفة هي وسوريا كان قانون حقوق العائلة بها مشتملا على إجراءات لابد منها لكي تبين أهلية الرجل والمرأة للزواج على النحو الذي سنته الطائفة التي ينتمي إليها . وتلك الإجراءات بينتها المواد من ١ - ١٣ من قانون حقوق العائلة .

وقد نصت في هذا القانون على أن الخاطب والمخطوبة إذا أرادا الزواج يراجع حال كل منهما أولا هيئة مختارة من القرية أو المحلة التي يقيم فيها الخاطبان إن كانا يقيمان في قرية واحدة . فإن اختلفت إقامتهما عرض أمر كل واحد منهما على هيئة قرية أو محله ، ولا يشرع في إحرامات الزواج إلا بتصریح هذه الهيئة .

ويذكر في هذا التصريح اسم الطرفين وشهرتهما وأبويهما ، وصفتهما وحملهما ومحل إقامتهما ، ومذهبهما ، وتبعيتهما ، وحيازتهما أهلية الزواج ، ووحد مانع أو عدم وجود مانع ، وإذن الولين إن كان الزواج يحتاج إلى إذن الدين .

وليس للهيئة أن تمتنع عن إعطاء التصريح ، ولو كان هنا مانع من موانع الزواج ، أو لم يكن لإذن الولي متوافراً ولكن يجب بيان ذلك^(١) .
ويعطى مع التصريح تذكيرة شخصية للخاطب والمخطوبة ، ويقدم للمحكمة التي يكون فيها إقامة أحدهما^(٢) .

وإذا قدم التصريح للمحكمة المختصة ، وفحصت الأوراق التي تصاحبه ، فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكمالها ، وإذا اتضح من التحقيق أن أحد الخاطبين غير حائز على أهلية النكاح ، أو قام به مانع من موانعه يرد طلب العقد بقرار ، وتبين فيه الأسباب الموجبة للرد ، ويقيد في دفتر أساس المعاملة ، ويدرج في الضبط^(٣) .

وإذا كان البيان الصادر عن الهيئة المختارة قد أثبت فيه عدم موافقة الولي والعقد لا يتم إلا بموافقة طلب إلى الولي الحضور بنفسه أو بوكيله ، ليدلى بالأسباب التي سوغت له الاعتراض على العقد بحضور طالبي الزواج ، وتدرس المحكمة أوجه الاعتراض والرد عليها ، وتثبت أقوال كل منهما في محضر ، ثم تصدر القرار مسبباً ، إما برفض اعتراض الولي وإمضاء الزواج وإما بقبول ورفض توثيق الزواج .

وإذا لم يحضر الولي أو حضر ، ولم يبين أسباب الاعتراض اعتبر الاعتراض كأن لم يكن^(٤) .

وإذا تبين للمحكمة بعد التثبت أن الأوراق كاملة ، وأنها خاليان من

(١) المادة الأولى .

(٢) المادة الثانية

(٣) المادة الثالثة .

(٤) المواد ٤ ، ٧ ، ٨

موانع الزواج تبحث عن سنهما من إدارة النفوس ، فإن ثبتت موافقة نتيجة التحرى للأوراق المقدمة تعلن أنه سيتم إجراء عقد النكاح ، وأن من له اعتراض عليه يبينه للمحكمة في مدة لا تزيد على عشرة أيام تبدأ من يوم الإعلان ، وإذا كانت إقامة أحد الخاطبين في غير دائرة المحكمة الموثقة للعقد فإنها تكتب إلى محكمته .

وتعلق نسخة من الإعلان في ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى في محل اجتماع الناس ، وإذا رأت المحكمة ضرورة تدرج صورة من الإعلان في الجريدة أيضاً ، وإذا أعلن في الجريدة تحفظ نسخة منها في الملف ، وإذا ألصق يثبت تاريخ الإلصاق ، ويوقع على محضر الإلصاق الحاضرون في وقته ويحفظ المحضر في الملف^(١) .

وإذا أصدرت المحكمة قراراً بجواز عقد النكاح منحت الإذن باستماع صيغة العقد ، وعينت نائباً عنها بمحضر العقد ، وينص في وثيقة العقد أسماء العاقدين وشهرتهما ووالديهما وصنعتهما ، ومحل إقامتهما ودينهما وتابعيتهما ، وكذلك أسماء الشهود وشهرتهم ، وشهرة المعرفين ، والوكلاء إذا جرى العقد بالوكالة ، وشهود الوكالة وصناعهم ومحل إقامتهم ، ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة في العقد^(٢) .

٦٣ — ولا شك أن هذه الإجراءات التي اشتمل عليها قانون العائلة لإجراءات شكلية لأجل توثيق العقد ، ولكنها لا تتعلق بصحته ، وأما صحته فإنها تتصل بالأحكام الفقهية الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، وأحكام الطوائف بالنسبة لغير المسلمين ، ولذلك نقول إذا تم عقد غير موثق فإن العقد يكون صحيحاً ، وإن كانت لا تسمع الدعاوى بمقتضاه ، ولا يعد الدخول فيه زنى بل يثبت به النسب ، وغيره من الأحكام الشرعية الإسلامية .

(١) المادتان ٦٠ ، ٥ (٢) المواد ٩ إلى ١٣

٦٤ - ويجب أن يلاحظ أن هذه الإجراءات ضرورية في سوريا ،
لإذ أن هذه الإجراءات مأخوذة من قانون حقوق العائلة الذي أصدرته تركيا
في سنة ١٩١٧ ومازال ذلك الجزء معمولاً به في سوريا ، كما نص عليه في
المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، وإن لم يكن متفقاً تمام الاتفاق
مع المنصوص عليه في قانون لبنان .

وخلصتها أن يقدم طالب الزواج لقاضي المنطقة طلباً مصحوباً بشهادة
معرفة للخاطب والمخطوبة ، وصورة مصدق عليها من قبل إدارة النفوس
وأحوالهما الشخصية ، ومصحوباً بشهادة طبيب بخلو الخاطب والمخطوبة من
الأمراض السرية ، وبيان ومواضع صحة الزواج ورخصة بالزواج بالنسبة
للعسكريين ، وموافقة إدارة الأمن بالنسبة للأجانب .

ولا يجوز توثيق العقد بغير هذه الإجراءات ، وإذا حدث الزواج من
غير توثيق لعدم توافر هذه الشروط وحصل ولد أو حمل يوثق الزواج مع
عدم استيفائه لمصلحة الطفل ، وقد فرضت عقوبة لمثل هذه الأحوال ، وإذا
استوفيت الإجراءات أذن في العقد ، وإذا مضت ستة أشهر ولم يعقد العقد
ألغى الإذن ، ويقوم القاضي بتوثيق العقد ، وله أن يأذن بذلك لغيره ،
ويجب أن تشمل وثيقة الزواج على الأسماء كاملة للعاقدين والشهود ومقدار
المعجل والمؤجل من المهر ، وقبض المعجل أو عدم قبضه وتوقيع الوثيقة من
العاقدين والشهود والولي إن كان ، ويسجل العقد في السجل المعد لذلك ،
وتبعث بصورة منه لدائرة الأحوال المدنية .

وقد جاء في المادة ١٧ أن للقاضي ألا يأذن للزوج أن يتزوج على امرأته
إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتها .

العدول عن الخطبة :

٦٥ - الخطبة ليست عقداً بل هي وعد بالعقد ، وليس للوعد بعقد
الزواج قوة العقد حتى على رأى الفقهاء الذين يعتبرون الوعد ملزماً لإنشاء

العقد ، وذلك لتتوافر حرية الاختيار كاملة ، فإن ذلك من مصلحة العاقلين ومن مصلحة المجتمع ، لأنه عقد الحياة والتروى فيه أمر لا بد منه ، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد قبل أن تتوافر كل أسباب الدرس والفحص ، وتقليب الأمور على كل وجوها .

هدايا الخطبة والمهر :

٦٦ - إذا تمت الخطبة ، فقد تأخذ الزوجة من زوجها هدايا ، وقد تقدم له هدايا ، كما قد يقدم لها معجل الصداق ، وإذا قدم لها المهر ثم عدل عن الخطبة ، ولم يكن قد تم عقد ، فإن له باتفاق الفقهاء أن يسترده وذلك لأنه دفعه على أساس أن يتم العقد ، ولم يتم فيسترد المهر ، وإن كان مثلياً استرد مثله ، وإن كان قيمياً استرد بعينه إلا إذا هلك فإنه يجب قيمته ، وذلك لأنه قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد ، ليكون دليلاً على تمام الرغبة ، ومادام العقد لم يتم ، وانصرف الطرفان عنه ، فإنه لا معنى لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع ، بعد أن كان قريب الوقوع .

وقد تكون المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذى تعده عادة لاستقبال الحياة الزوجية ، وفي هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها ، وقد يرهقها من أمرها عسراً ولذا اتجه المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة الجمهورية المصرية إلى علاج مثل هذه الحال ، فأجاز للزوجة أن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء ، لكيلا يكون ضرر ولا ضرار ، وإن هذا بلا شك حكم مصلحى ليس فى الفقه ما ينافيه .

وأما ما قدم من هدايا من جانب الخاطب أو جانب المخطوبة فقد طبق الحنفية فيه قواعد الهبة تطبيقاً دقيقاً ، ومذهب الحنفية جواز الرجوع فى الهبة إلا لما نفع من الموانع ، ومن هذه الموانع خروج العين الموهوبة (ه - محاضرات فى الزواج)

من ملك الموهوب له أو استهلاكها ، أو تغيير وصفها أو صورتها ، وإن لم تهلك مادتها .

وبتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة إن حصل عدول يكون حكم الهدية أنها إن كانت قائمة بعينها لم يحصل تغيير فيها وهي في ملك المهدى إليه ، فإن للمهدى أن يستردها بعينها ، وإن حصل تغيير فيها أو هلك أو استهلك فإنه لا يرجع لحدوث مانع من موانع الرجوع .

وقال الشافعية في بعض أقوالهم إن المهدى له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة وب عوضها إن كانت هالكة أو استهلك ، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعد ، فزال السبب الذي حمل على الإهداء ، وإذا زال السبب كان له الاسترداد .

والمفتى به في مذهب مالك يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة ، وهدايا الآخر ، فإن كان الذي أهدي هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئاً من الهدية ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم الاسترداد ، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه .

وإن كان المهدى هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدي ، سواء أكان قائماً ، أم كان هالكا أو مستهلكا ، ويرد القائم بعينه ، والهالك أو المستهلك بعوضه (١) .

٦٧ - والبلاد التي كانت تسير أحكامها على مقتضى المذهب الحنفي مازالت مستمرة على ذلك ، والقانون اللبناني نص في مادته الثانية على ذلك : وكذلك القانون السوري ، فقد جاءت المادة الثالثة منه بهذا الحكم كما هو في المذهب الحنفي ، إذ صرحت بأنه تجرى على أحكام الهدايا عند العدول أحكام الهبة .

(١) شرح الدردير ج ٢ ص ٢٥٧

ولكن مصر قد فكرت في الأخذ بمذهب مالك مرتين (إحداهما) في المشروع الذى قدم فى سنة ١٩١٥ فقد كان فيه هذا النص (والثانية) فى المشروع الذى أعده المكتب الفنى لرياسة جمهورية مصر ، وقد نص على ذلك فى المادة السابعة عشرة منه .

الضرر الناجم عن العدول :

٦٨ — وقد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادى أو أدبى لأحد العاقلين ، وإن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر فى الأضرار المادية ، لأن الأضرار الأدبية التى تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لا محل له فى الفقه الإسلامى ، لأن الفقهاء قد اشترطوا الرؤية المخطوبة ألا يكونا فى خلوة لكيلا يكون للشيطان موضع ينفث فيه سمومه ، وما جد بين المسلمين الآن من الخروج بالخطبية فى الملامى منفردين ، لم يبلغ من الخطورة فى الأوساط المحترمة درجة الضرر الأدبى ، على أن الشارع الإسلامى يحكم منطقة قد نهاهم عن هذا الأمر الذى ترتب عليه الضرر الأدبى فلا يصح أن تكون مخالفته وإطراح أوامره ، ونواهيه سبباً فى أن يشرع لهم ما يحمى هذه المخالفة ، وإنما على أولئك المفرطين الذين أسرفوا على أنفسهم أن يتحملوا تبعات مخالفتهم لأوامر الشارع ونواهيه ، ولا يوجد قانون عادل يحمى مخالفة من يخالفونه ، إذ أن هذه الحماية تشجيع لهم على المخالفة .

٦٩ — لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبى ، ولنتجه إلى الضرر المادى ، كأن تكون الزوجة قد أعدت متاعاً ، كلفت نفسها فيه الكثير ، وتكلف أهلها فيه الكثير من الأموال ، ثم جاء العدول بعد ذلك ، فكان الضرر المادى لاعالة ، هذا هو موضع النظر ، وموضع تجاذب الأنظار ، وإن موضع التجاذب بين الأنظار هو فى أمور ثلاثة :

أولها : فى مدى الإلزام فى الخطبة ، فهل يلزم الخاطب أو المخطوبة بالوفاء

بالخطبة ، وهل هذا يتفق مع حقيقتها وسبب شرعيتها ، ومع المصلحة التي ترجى في عقد الزواج ؟

ثانيها : الحرية اللزوم توافرها ليسكون عقد الزواج الذي هو عقد الحياة ، وعليه يقوم بناء الأسرة والارتباط المقدس ، والرعاية الكاملة للأولاد - قائماً على توافق تام بين العاقدين ، من غير أن يكون فيه أى إكراه .

ثالثاً : أن الضرر يزال ، وأنه لا ضرر ولا ضرار كما ورد في الحديث الصحيح .

٧٠ — وإن تجاذب الأنظار كان بين قضاء المحاكم ، ولا شك أنه يجب استبعاد أن الخطبة عقد ملزم لكلا طرفيه ، وإذا كانت عبارات بعض الأقضية توهم هذا فهو فهم غير صحيح ، وقد جاءت العبارات الموهمة لذلك في حكم محكمة سوهاج الأهلية ، فقد نص فيه على أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ، ولا تجريدها من أى تقدير قانونى ، ففيها يصدر إيجاب يقتزن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانونى وعقد قائم ، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم ، وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أى إجراء هذا التعاقد النهائى ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض ، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده ، ولكن إذا جرى ذلك فى تهور أو عنف ، أو خالياً بما يبرره أو بغير مسوغ مشروع ، أو لمجرد الهوى فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدبى لا يقصد به الإثراء ، ولكن رد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذى تخلف عن فعل الخطيئ ، وتستحق الخطبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج فى مجموعها مادامت لا تضمن الانتفاع بها

على الوجه الصحيح (١) :

هذا ما جاء في ذلك الحكم ، وهو في ذلك يقرر أن الخطبة اتفاق ملزم ، وأن نتيجة الإلزام هي التعويض عند العدول إلا إذا ثبت أن له مبرراً ، وأن التعويض يكون على الضرر الأدبي والمادي .

ونقول في مناقشة ذلك النظر إن الإلزام في التصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع ، لأنه هو الذي يعطيها قوة الإلزام ، أو يكون التراضي كاملاً على الالتزام ، ونحن نجد الخطبة خالية من الأمرين ، فلم يكن التراضي في الخطبة على أساس أن كل واحد منهما لا يحصى له عن العدول ، ولا يسوغ له العدول ، بل كان التراضي على أساس أن هذا تمهيد لعقد ، والإلزام في العقد لا في التمهيد ، كل ذلك يعرفه الناس ، لافرق بين شرق وغربي ، ولا مسلم ومسيحي ، فلا أحد يقول إن التراضي في الخطبة كان على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل عن الخطبة ، بل إن جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما في كل وقت مادام العقد لم يتم نهائياً .

ولانجد حكماً من الشارع بالإلزام ، فالمذهب الحنفي الذي مازال معمولاً به لا يعتبر الخطبة عقداً ملزماً ، وهو الذي يجيز للخاطب أن يسترد هداياه إن كانت قائمة ، فلا يمكن بمقتضى منطقته الذي يجب احترامه أن تكون الخطبة ملزمة بذاتها ، لأنه لا يجمع بين الحكم برد الهدايا ، والحكم بالتعويض إلا إذا كان التعويض له سبب آخر غير مجرد العدول .

ولو تجاوزنا المذهب الحنفي المعمول به إلى القانون الفرنسي نجد أنه يلزم بالوعد ، إلا في الخطبة ، لأنها وإن كانت وعداً لا يصح الإلزام به ، لأن ذلك يناهض حرية الاختيار في ذلك العقد الذي يدوم بدوام الحياة . إذن فليس هناك أساس للإلزام لا بمقتضى المذهب الحنفي المطبق في هذه

(١) الوسيط لأستاذنا الدكتور السنهوري هاشم ص ٨٢٩ ، وقد ذكر أن تاريخ الحكم ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ ونشر بالمحكمة ٢٨ رقم ٤٣٤

المسائل ، ولا بمقتضى القانون الفرنسى الذى كان المصدر التاريخى لما يقضى به فى المحاكم الوطنية فيما كان من اختصاصها إبان ذاك .

ولو سلمنا بأن الخطبة عقد قائم ملزم كما عبر الحكم لكان الواجب أن تكون نتيجة الإلزام الحكم بإمضاء العقد ، لأن ذلك موضوع الإلزام ، ولكنه لم يرتب هذه النتيجة ؛ لأنه أنزل قوة الإلزام فيه إلى مرتبة الوعد بعد أن كانت العبارات الأولى تجعله عقداً قائماً ملزماً .

وإن القضية الثانية التى يقررها الحكم وهى ضرورة إثبات مبرر للعدول وإلا كان ظلاماً قال فيه بعض الأحكام الصادرة فى هذا : « إن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لا يست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحريات الناس (١) » .

وإن العدول فى ذاته قد يكون لأسباب نفسية ليس من المصلحة تجاهلها فى ذلك العقد الذى يقوم على المودة الدائمة كما قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، ولذلك نجد أنه يجب أن يكون للهوى النفسى موضع فى العدول ، ولا يسوغ أن يحكم بالتعويض لجرد أنه فى العدول أجاب داعى هواه ، فليس العقد عقداً مادياً ، ولكنه عتد نفسى قلبى .

٧١- ونرى من هذا الكلام أن اعتبار الخطبة عقداً ملزماً غريب عن

الفقه غرابته عن حقيقتها التى عرفها الخاطب والمخطوبة عند إنشائها .

ولا يصح أن يقال إنها وعد ملزم ، نعم إنها وعد . ولكنها وعد غير ملزم ، وذلك بمقتضى مذهب جمهور الفقهاء ، ولم يخالف فى ذلك إلا الإمام مالك رضى الله عنه ، ففى المذهب المالكى بالنسبة للوعد أربعة أقوال : أولها كالجمهور أن الوعد غير ملزم قضاء .

(١) استئناف محكمة مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ .

والثاني أنه ملزم في كل الأحوال .

والثالث أنه ملزم إن ترتب عليه أن الموعد دخل في التزامات إيجابية بناء على الوعد ، والوعد كان الأساس لهذه الالتزامات ، كمن يريد أن يشتري شيئاً ، وليس معه جزء من الثمن ووعدته آخر بالقرض إن دخل في هذه الصفقة ، لأن إخلاف الوعد بعد ذلك يعد تغريراً لا يجوز وإن مقتضى هذا القول أن يكون الوعد مبنياً على سبب ، ودخل في السبب لهذا الوعد .

والقول الرابع أن يكون الوعد مبنياً على سبب، وهو ملزم سواء أدخل في السبب أم لم يدخل ، لأنه اعتمد عليه ، ولولا الوعد لاعتمد على غيره^(١) .

هذا نظر الفقهاء إلى الوعد ، وليست الخطبة أكثر من وعد تمهيدى للزواج ، وإننا لو سائرنا قول الجمهور لانجد موضعاً للإلزام فيه ، ولو سائرنا المالكية لوجدنا قولاً من أربعة هو الذى يجعل الوعد ملزماً بإطلاق وفي كل الأحوال .

والقوانين الأوربية لا ترى الخطبة ملزمة ولو كانت وعداً ، حتى إن القوانين التى تجعل الوعد ملزماً يستثنى من ذلك الخطبة بضمان حرية الاختيار فى الزواج .

وعلى ذلك لا نستطيع أن نقول إن تعويض الضرر يبنى على أصل تعاقدى ، لأن ذلك لا يعاونه الفقه الحنفى المعمول به الذى يجيز طلب رد الهدايا القائمة فضلاً عن أن يدفع تعويضاً وراء ذلك ، ولا يعاونه أيضاً مبدأ قانونى .

٧٢- وإذا لم يكن وجه لإلزام تعاقدى ، فالأمر الذى تجب مراعاته هو حرية الاختيار التى يجب أن تكون مطلقة ، وقد قال الأستاذ الدكتور

(١) كتاب الالتزامات للحطاب المطبوع مع فتاوى الشيخ عليش ص ١٧٧ ومايلها .

السنهوري : « لا يجوز أن يتقيد شخص بوعده أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج بشخص معين ، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام » ، ويقول الأستاذ الدكتور السيد مصطفى : « حرية الزواج وإن كانت فرعاً من الحريات الفردية العامة تتميز عنها من حيث الأهمية يكون عقد الزواج مفروضاً فيه أنه أبدى فيجب أن تكون حرية إبرامه أوسع مجالا بما في غيره من الارتباط^(١) . »

ولأنه يستفاد من هذا الكلام وغيره أن حرية التعاقد في عقد الزواج أن يجب تتوافر فيه أكثر من غيره ، فإن أى إكراه يؤدي لا محالة إلى اختيار من لا يريد لها زوجاً له ، أو من لا تريده زوجاً لها . وإن الإكراه الذى يجب إبعاده ، لكيلا يعكر العقد في استمراره معكر يتناول صورتين : الصورة الأولى — أن تلزم هيئة قضائية أحد العاقدين بإبرام العقد الذى لا يريد أحد الطرفين ، وذلك ما اتفقت عليه الأنظار المختلفة ، فلم يوجد بين فقهاء الشرق أو الغوب من سوغ إبرام العقد بالإكراه تنفيذاً للخطبة إذا كان العدول يؤدي إلى ضرر .

الصورة الثانية — من صور الإكراه أن تفرض مغارم مالية لمن يعدل من أحد العاقدين فإن ذلك فيه نوع من الإكراه ، إذ قد يضمنى في إتمام العقد مخافة المغارم التى يتوقعها إن عدل عن الخطبة ، وهذا النوع من الإكراه هو الذى اختلفت إليه أنظار المحاكم الوطنية في مصر .

وإن الفقه عند جمهور الفقهاء لا يبرر تلك المغارم إذا كانت لمجرد العدول ، وإن الحكم بالتعويض إذا كان مجرد العدول هو الذى أوجد الضرر لا يتفق مع الفقه الإسلامى المعمول به في جملة لما يأتى :

(١) أن الفقه الحنفى يبيح للخاطب أن يسترد هباته القائمة ، وليس من المعقول أن يجيز له استرداد الهبات في الوقت الذى يجوز أن يحكم عليه

(١) رسالة في مدى استعمال حقوق الزوجية ص ٥٧ .

بالتعويض إذا كان مجرد العدول يسوغ التعويض للضرر اللاحق عنه .
(ب) وأنه عند الطلاق قبل الدخول له أن يسترد نصف المهر ،
ولا يمكن أن يكون العدول عن الخطبة أكثر إلزاماً من العقد المبرم الذي
حدث طلاق بعده .

(ج) وأن جمهور الفقهاء لا يرى الخطبة وعداً ملزماً ، وبذلك لا يكون
الإلزام فيكون العدول أمراً جائزاً ،

(د) وأن العدول متفق على جوازه ، وأنه حق لكليهما ، ولا ضمان
في استعمال حق من الحقوق ، وإن الطرف الذي وقع في الضرر يجب أن
يكون متوقعاً لهذا الضرر ، لأنه يعلم أن للآخر العدول في أى وقت شاء ،
فإن أقدم على عمل بعد الخطبة ثم حصل عدول ترتب عليه ضرر ، فالضرر
نتيجة لاغتراره ، ومن المقررات الفقهية أن من يقع في ضرر بسبب اغتراره
ليس له أن يضمن أحداً ، كمن يشتري شيئاً يظنه على حال ، ولم يشترطها في
العقد ، ولم يذكرها له العاقد الآخر ، ثم تبين أن المعقود عليه على غير هذه
الحال ، وتضرر بذلك فإنه ليس له أن يرجع على أحد بتعويض الضرر ؛
لأنه جاء نتيجة لاغتراره هو من غير تغير أحد .

٧٣ — ولكن ينبعث بعد ذلك ما توجه به النظرة العادلة ، وهو وقوع
ضرر بالفعل نتيجة تغير ، ومن المقررات الشرعية أن الضرر يزال . وقد
قال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، وقد اعتبر الفقهاء ذلك الحديث أصلاً
من أصول الإسلام لتواتر معناه ، ولا شك أن من يناله ضرر يتسبب فيه
غيره يكون ذلك الغير ضامناً لما أحدثه إذا كان الضرر نتيجة لا اعتداء ، ولم
يكن نتيجة لاستعمال حق ، وذلك لأن أسباب الضمان في الفقه الإسلامي
بشكل عام تعود إلى أحد أمرين : إما أن يكون الضمان نتيجة عقد ، وإما
أن يكون الضمان سببه التعدي ، ولا شك أنه لا يوجد في مسألة الخطبة تعاقد

يوجب ضماناً ، ويبقى النظر في القضية من ناحية ضمان التعدي ، وعند الكلام على أساس ضمان التعدي يجب أن نفرق بين أمرين : بين ضرر ينزل نتيجة لاغترار من نزل به الضرر وضرر ينزل نتيجة لتغيير الطرف الآخر فإن الفقهاء قرروا أن الضرر الذي يكون نتيجة للاغترار لا ضمان على أحد فيه كما أشرنا ، والضرر الذي يكون نتيجة للتغيير فإن من غرره يضمن .

وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد بعض الفقهاء المحدثين يقرر أن كل ضرر يكون بسبب الخطبة ثم العدول لا يخلو من تغيير ، لأن الأشياء المادية التي يتكلفتها الطرف الذي ناله الضرر تمت تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة ، وذلك لا يخلو من تغيير .

ولكن صاحب ذلك النظر أهمل إهمالاً مطلقاً حق العدول ، وعلم من نزل به الضرر بأن ذلك حق مستمر للطرف الآخر كما أنه حق له ، وإذا كانت الثقة به قد حملته على ألا يفرض العدول ، فذلك اغترار ممن نزل به الضرر يجب أن يتحمل مغيبته ، ولذلك قلنا في كتابنا الأحوال الشخصية : « نقول قولاً وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة ذاته لا يكون سبباً للتعويض ، لأنه حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون المخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالخطوبة ، لا بمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب هو نوعاً من الجهاز ، أو يطلب هي إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل عن مجرد الخطبة فيعوض ، وإن لم يكن كذلك لا يعوض ، وعلى ذلك يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ والمخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل ، فالأول يعوض والثاني لا يعوض ، إذ الأول كان فيه تغيير والتغيير يوجب الضمان ، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره وفي قضايا العقل والمنطق ،^(١)

(١) كتاب الزواج ص ٣٤ للمؤلف طبعة سنة ١٩٥٢

٧٤ — ذلك الرأى الذى اتيننا إليه قد انتهى إلى مثله حكم محكمة النقض
فقد جاء فيه :

إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد
أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصاً
أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرة لما للزواج
من الخطر فى شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً
بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما
بمجرد وعد فعدول - قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ،
وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين
فإنها تكون مستوجبة للتضمنين على من وقعت فيه ، وذلك على أساس أنها
هى فى حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة
للتعويض ، (١) .

وإن ذلك يتفق مع ما قررناه ، ولا اختلاف إلا فى التعويض الأدبى .
وقد قلنا إن الضرر الأدبى يكون سببه خروجاً على مبادئ الشريعة ، والشريعة
لا تحمى من يخرج على مبادئها من الضرر ، بل إن ذلك الضرر أقل عقاب
يجب أن ينزل به .

٧٥ — وقد انتهى القضاء فى مصر إلى المبادئ الثلاثة التى سردها الدكتور
السنهورى وهى :

- (١) أن الخطبة ليست بعقد ملزم .
- (٢) وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .
- (٣) وأنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً
بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض .

(١) نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ بمجموعة محمود عمر ص ٣ ج ٣ الوسيط
لأستاذنا السنهورى ص ٣٨٠ .

والذى تنتهى نحن إليه بعد استعراض هذه الأحكام هو ما قررناه من قبل ، وهو أنه لا تعويض إن لم يكن فعل أو قول أو جوب الضرر ، لا مجرد الخطبة ثم العدول عنها بعد مدة طالت أو قصرت ، ويجب أن يعلم أن القانون الذى يطبق فى هذا المقام هو الشريعة الإسلامية ، فلا يطبق أى قانون سواها ، ولا يسير القاضى على أى منطق غير منطقها ، وإلا لا يكن ثمة تناسق فى الأحكام فيحكم بالتعويض من الخاطب فى الوقت الذى تقرر الشريعة وجوب رد المهر وجوب رد الهدايا ، وإذا كان تعويض فلا بد أن يكون له مبرر من قواعدها ، وذلك المبرر يتحقق إذا كان هناك تغيير أوجب الضرر المادى .

إنشاء عقد الزواج

٧٦ - انعقاده : لا ينعقد عقد الزواج إلا بالإيجاب والقبول ، وشروط انعقاده هي الشروط التي يجب تحققها عند إنشاء كل عقد ، وهي :
١ - ألا يكون أحد العاقدین فاقد الأهلية ، فإن كان أحد العاقدین كذلك . فعبارة ملغاة لا أثر لها ، ولا ارتباط ينشأ بوجودها ، وناقص الأهلية يصح عقده الزواج بالنيابة عن غيره ، وعقده لنفسه موقوف على إجازة من له حق الإجازة وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ، ويعد السفیه كامل الأهلية هنا . ولذلك يصح وينفذ عقد زواجه . إذ لا حرج عليه في الزواج وآثاره .

٢ - وأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب ، وقبل القبول بطل الإيجاب .

٣ - وألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر . لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغى الإيجاب ، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب ، ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب مادام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركني العقد ، وهما الإيجاب ، والقبول . وإذا لم يتم الالتزام فلا إلزام لأحد ، فللموجب أن يرجع .

٤ - ألا يصدر عن العاقد الثاني بعد الإيجاب ما يدل على الإعراض كالفصل بكلام أجنبي ، فإن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الإيجاب ورفض له ، فإن قبل بعد ذلك فقد ورد القبول على غير إيجاب فلا يلتفت إليه هذا ويلاحظ أن الإيجاب إن كان برسالة رسول ، أو بكتاب مكتوب

فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب ، فإذا انفصل عن المجلس من غير قبول ، فلا يعتبر قبوله بعد ذلك .

٧٧ — ألفاظ العقد : إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء أكانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه ، أم كانت مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية ، أم كانت مجازاً وضحت فيه القرينة ، واستبان المعنى بها ، حتى صار الكلام صريحاً في إرادة الزواج .

وقد اختلف العلماء في هذا تضييقاً وتوسعة ، وقد اتفقوا على أن الزواج يعقد بلفظ النكاح ، وبلفظ الزواج ، واختلفوا فيما عدا ذلك ، فالشافعي رضى الله عنه منع عقد الزواج بغير هذين اللفظين ، فلا يعقد النكاح عنده بالألفاظ لم تشق من هاتين الكلمتين ، وحجته في ذلك أنهما اللفظان اللذان يدلان على معنى هذا العقد الخطير ، ولكل معنى شرعى لفظ يدل عليه ، وهذان اللفظان هما اللذان قد ورد عن الشارع أنه استعملهما في الدلالة على ذلك العقد ، ولأن هذا العقد تلزم فيه الشهادة ، والشهادة لا بد أن تكون بلفظ وضع للزواج لا مجاز فيه ، إذ القرائن قد تخفى على الشهود .

والحنفية قد وسعوا في دلالة الألفاظ على هذا العقد ، حتى لقد أجازوا عقده بلفظ البيع إن قامت القرينة على إرادة الزواج به ، وبين الفريقين كان الحنبلة والمالكية والإمامية .

٧٨ — وتوضيح المذاهب في هذا المقام نقول إن الألفاظ طبقات أربع :

أولها — لفظ النكاح والزواج ، وهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ينعقد بها عقد الزواج .

ثانيها — الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض ، كلفظ الهبة ، وقد أجاز العقد بهذه الألفاظ أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد لورود هذا اللفظ في القرآن في موضع الزواج ، إذ قال الله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي ، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من

دون المؤمنين ، وإن ذلك مجاز مشهور واضح لا تخفى فيه القرينة ، ووافق الشيعة الحنفية وغيرهم في صحة العقد بهذا النوع من الألفاظ^(١) .

ثالثها — الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بعوض ، إذا قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز ، وقد اختلف في ذلك فقهاء المذهب الحنفي ، ومنع غيرهم ، وحجة المجيزين في ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن بما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين الذي يقتضى حل المتعة كان مستعملا في حقيقة معنى الزواج فيجوز ، وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج ، فلا يستعمل لفظه فيه .

رابعها — الألفاظ التي تدل على تملك المنفعة في الحال ، والصحيح عند الحنفية أن الزواج لا ينعقد بهذه الألفاظ لمنافاة ما تدل عليه حقيقة الزواج وما عدا هذه الألفاظ لا ينعقد بها النكاح بالاتفاق .

وهل ينعقد الزواج بغير العربية ، إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإن كان الزوجان يفهمان العربية ، ويستطيعان العقد بها ، فقد قال الأئمة الثلاثة ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه في تلك اللغة التي اختارها ، لأن التكلم بغير اللغة العربية ليس حراماً ، والأمر لا يعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا في شأن من شئونهما أو في أمم شئونهما بغير اللغة العربية ، وربما كانت تلك اللغة هي لغتهم الأصلية ، كالأردية بالنسبة للهنود ، أو التركية بالنسبة للأتراك .

وقال الشافعي لا ينعقد العقد بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ويستطيعانها ، لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية أظلمها الإسلام بحمايته ، وأوجد آثارها ، ورتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين ، فكان كالصلاة ، لا تصح ممن يجيد العربية بغير العبارة العربية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨

« استحللتم فروجهن بكلمة الله » وكلمة الله عريية ، وهذا وجه عند الشيعة الإمامية والزيدية .

ولقد قال ابن تيمية في هذا المقام مانصه : « إنه (أى النكاح) وإن كان قرينة فإنما هو كالعتق والصدقة لا يتعين له لفظ عربى ولا عجمى . . ثم الأجمعى إذا تعلم العريية في الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم في من اللغة التى اعتادها . . . نعم لو قيل تكره العقود بغير العريية لغير حاجة كما تكره سائر أنواع الخطاب بغير العريية لغير حاجة لكان متوجها ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العريية لغير حاجة » (١) .

٧٩ - وإذا كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة المفهمة لمعنى الزواج إذا كان لا يحسن الكتابة ، لأن الإشارة أقصى طرق التعبير بيانا عنده .

وإذا كان يحسن الكتابة فى المذهب الحنفى روايتان إحداها ، وهى رواية الأصل : أنه لا يصح عقده بالإشارة ، لأن الكتابة أبين دلالة ، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى ، فلا يقبل منه العقد بالإشارة ، وقد اختار هذه الرواية جميع من المحققين وهى معقولة فى ذاتها . وعلى رواية الجامع الصغير يصح عقده بالإشارة ، لأن الأصل فى العقد أن يكون بالخطاب ، فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات ، فكانت الكتابة والإشارة سواء .

وقد أخذ بهذه الرواية قدرى باشا فى كتاب الأحوال الشخصية ، ولكن مشروع لجنة ١٩١٥ أخذ برواية الأصل ، وقد أخذ بهذه الرواية أيضاً قانون الأحوال الشخصية بسوريا ، فقد نصت المادة العاشرة منه على ذلك . ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالمكاتبة إذا لم يكونا فى مكان واحد

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠

كما يصح بالرسول . فيكتب إلى المخطوبة أو وليها كتاباً برسمها أو رسمه ، فتجيب أو يحيب بالقبول على أن يكون ذلك بحضور شهود يعلون مضمون كتاب الإيجاب ويشهدون على القبول ، بأن تقول مثلاً زوجت نفسي منه أو قبلت ، وباطلاعهم على مضمون الكتاب ، وإسماعهم القبول ، يشهدون على شطرى العقد .

٨٠ - صيغة العقد : يشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضى ، والآخر للمستقبل ، وأن تكون منجزة ، غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل .

أما الشرط الأول ، فلأن الأصل في صيغ العقود الإسلامية أن تكون بلفظ ماض ، لأن الألفاظ الماضية « التي تدل على إنشاء العقود في اللغة العربية . ولفظ الحال أو الاستقبال لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة ، فهو يحتمل المساومة ، والتمهيد ، ولأن الآثار الواردة تثبت أن النبي والصحابة كانوا ينشئون عقودهم بالألفاظ الماضية .

وهذا حكم معلل ، وليس تعدياً ، ولذلك إذا قصد بالألفاظ التي تدل على الحال أو الاستقبال إنشاء العقد ، وقامت القرائن اللفظية القاطعة أنشئ العقد .

وقد استثنى عقد الزواج من بين العقود ، فأجيز أن ينشأ بلفظين : أحدهما للماضى ، والآخر للمستقبل أو الحال ، فيجوز أن يقول الخاطب مثلاً زوجنى ابنتك ، فيقول الآخر قبلت ، أو يقول أزوجك ابنتى فيقول : قبلت ، وإنما استثنى عقد الزواج ، لأن الذى يمنع الإيجاب بصيغة المستقبل هو احتمال المساومة ، وذلك بعيد في عقد الزواج ، لأنه يسبقه تمهيدات ومقدمات تبعد معنى المساومة وتعين إرادة الإنشاء في الحال .

ولأن الصيغة الأولى المذكورة ، وهى زوجنى تدل على معنى التوكيل ، وعقد الزواج يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين ، فإذا قال الخاطب (٦ - محاضرات في الزواج)

زوجي ، وقال الطرف الآخر قبلت ، كان مؤدى ذلك أن الأول وكل الثاني ، والثاني أنشأ العقد عن الطرفين بعبارة .

وأما اشتراط التنجيز ، فلأن عقد الزواج عقد تترتب عليه أحكامه فور إنشائه فلا تترأخى آثاره عن السبب وهو الصيغة ، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة في الإنشاء في الحال ، والصيغة المضافة والمعلقة لاتنيدان ذلك ، إذ الصيغة المعلقة تفيد إنشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر يمكن أن يكون ، ويمكن ألا يكون ، والصيغة المضافة إلى المستقبل تنشئ العقد في الحال ، ولكن تخر الأحكام إلى زمن مستقبل ، وكلتاها لاتتفق مع حقيقة عقد الزواج الشرعية ، ومع خطره وشأنه إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد ، وربما لا يوجد ، وبمثل هذا الرضا الاحتمالي لا ينشأ العقد ، ثم الزواج عقد لا تترأخى أحكامه عن أسبابه ، فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل لأن ذلك يقتضى تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية (١) .

٨١ - تأييد عقد الزواج : وصيغة الزواج يجب ألا تكون دالة على التأقيت ، وألا يقتزن بها مايدل على التأقيت صراحة ، لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

ولقد حكم الفقهاء بطلان نوعين من العقود ، لتنافيها مع التأيد ، وقد كان هذان العقدان معروفين في الجاهلية ، وهذان العقدان هما المتعة والنكاح المؤقت .

أما عقد المتعة فصورته أن يقول أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال ، وقد ورد أن النبي ﷺ أذن فيها في غزوة غزاها ، واشتدت على الناس

(١) لقد جاء في إلهام الموقعين ما يفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح ، ففيه مانعه . «نس الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح» ج ٣ ص ٢٣٨

فيها العزوبة ، ثم ثبت ثبوتاً قاطعاً أن النبي ﷺ نهى عنها ، ونسخ هذه الإباحة وثبت ذلك بطريقة تبلغ حد التواتر . فقد أثر عنه أنه نهى عنها ست مرات في ست مناسبات ، ليؤكد النسخ والإلغاء وكان ذلك في مواقع ست ، إحداها في خير ، والثانية في تبوك ، والثالثة يوم الفتح ، والرابعة بعد ذلك في عام الفتح والخامسة في عمرة القضاء والسادسة في حجة الوداع .

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء : إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلاً ، لنهى النبي ﷺ ، ولأنه لم يكن زواجاً يجمع علماء المسلمين ، والله سبحانه وتعالى قال في وصف المؤمنين : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، والمعقود عليها عقد متعة ليست زوجاً باتفاق المسلمين حتى الشيعة ، فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث .

ويلاحظ أن تحريم المتعة نقل نقلاً صحيحاً عن الإمامين أبي جعفر محمد الباقر . وأبي عبد الله الصادق ، وهما إمامان من أئمة الشيعة من غير تكبير ، بل لأنهم في هذا العصر يعبرون عن أنفسهم بالجعفرية نسبة إلى الإمام جعفر الصادق رضي الله تبارك وتعالى عنه ، وقد روى أن بساما الصيرفي سأل أبا عبد الله جعفر الصادق عن المتعة ووصفها له فقال رضي الله عنه : « ذلك الزنى ، ولقد جاء في الكافي عن الحسن بن يحيى بن زيد فقيه العراق أنه قال : « أجمع آل رسول الله ﷺ على كراهية المتعة والنهي عنها ، وهم في ذلك تبع لإمام الهدى علي بن أبي طالب الذي قال مصمماً كل التصميم : « لا أوتي بمستمعين إلا رجمتهما ، وهو الذي قال لعبد الله بن عباس عند ما بلغه أنه يفتى بجوازها : « إنك امرؤ تائه لقد نسخها رسول الله ﷺ » ، ولقد روى البيهقي عن ابن شهاب الزهري أنه قال إن ابن عباس رضي الله عنهما مامات حتى رجع عن هذه الفتيا . قال سعيد بن جبير : قلت لابن عباس ما تقول في المتعة ، فقد أكثر الناس فيها ، وذكر له أنه نقل عنه الفتوى بجوازها ، فقال ابن عباس : والله ما أفتيت بهذا ، وإلا فهي كالميتة لا تحل إلا للمنظر ،

وإن هذا ينص لأيومى إلى التحريم المطلق ، ولأما يومىء إلى التحريم فى غير حال الضرورة . إذ شبهها بالميتة تباح عند الاضطرار . ولا نعلم ضرورة تبيح المتعة ، لأن النبى ﷺ يقول : « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . وما دام باب الصوم مفتوحاً فإنه لا ضرورة توجب المتعة .

ولم يسلم فقهاء الإمامية بأن المتعة نسخت ، إذ يقولون إن الأدلة التى تثبتها لم يوجد فى قوتها ما ينسخها . إذ أن الأدلة إما من القرآن ، أو من الإجماع ، والذى يدعى أنه نسخها أخبار آحاد ؛ فمن القرآن قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » وقد روى عن ابن مسعود أنه أفتى بها ، ففى الصحيحين أنه قال : « رخص رسول الله لنا أن تنكح المرأة إلى أجل بالشئ » ثم قرأ قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » .

وإن الإجماع قد انعقد على أن النبى ﷺ كان قد أباحها ، ودعوى النسخ بعد ذلك لا تنقض هذا الإجماع . وعلى فرض أن العبارات قد وردت بالنسخ ، فإنه يصح أن يكون النسخ منصباً على الميراث والطلاق ، فإنه عقد ينتهى بانتهاء مدته ، ولا يحتاج إلى طلاق ، ولا توارث فيه . وإن ذلك الكلام فيه نظر كبير من وجوه .

أولها : أن الآية التى ساقوها فى بيان النكاح ، ولم تتعرض للمتعة قط ، بدليل أنها كان قبل ذلك الكلام فى المحرمات ، وقال سبحانه « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » وقوله تعالى بعد ذلك ، « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » . وإن الإجماع لم ينعقد على إباحتها ، فإن الذين جاءوا بعد النبى كانوا

جميعاً على تحريمها إلا ما نسب لابن عباس من أنه أباحها في مثل أحوال الضرورة ، وإنه لاحجة في عصر النبي ﷺ غير قوله وكتاب الله سبحانه وتعالى ، فلا حجة للإجماع في عصره ، فما كان الإجماع يتصور أن يكون منعقداً في عصر النبي ، إنما الإجماع كان بعده على التحريم إلا من ذكرنا .

وإن ثبوت النسخ لم يكن بخبر آحاد ، بل كان ثبوت النسخ كان بالقرآن - أولاً - وبالأخبار المتواترة عن النبي ﷺ ثانياً - أما القرآن فقوله تعالى : « والذين هم لغروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، ومن المؤكد المتفق عليه أن المستمتع بها لاتعد زوجة بدليل أنه لايجرى عليها طلاق ولا ميراث ، وأما الأخبار المتواترة فهي ما استفاد من الصحابة رضی الله عنهم من أن النبي نسخها ست مرات ، وإذا كان قد روى عن ابن مسعود وابن عباس البقاء على الحل ، فخير هو خبر الآحاد ، وأما الباقي فهم الجمهور ، وأخبارهم متواترة .

وفي الحق أن المتعة بقية من بقايا الجاهلية ، ولعل النبي ﷺ تركها من غير نص على تحريمها ، كما ترك القرآن الخمر والميسر من غير نص على تحريمها تحريماً قاطعاً ، حتى فقدت العادات الجاهلية قوتها ، وذهبت شدة تمسك العرب بها بعد أن ذاقوا بشاشة الإسلام . فلما ذهبت عنهم قوة تلك العادات الجاهلية جاء النص القاطع بالتحريم ، وذلك هو قوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ، ولا متخذي أخدان ، ، وليست المتعة إلا اتخاذ الأخدان في الجاهلية ، فإذا كان التحريم قد تأخر ، فليس معنى ذلك الإباحة بالنص ، بل قالوا إن ما كان مباحاً في الجاهلية إذا حرمه الإسلام لا يكون مباحاً بحكم الإسلام قبل التحريم ، بل يكون في مرتبة العفو .

والشيعة يشترطون شروطاً في المنة منها :

(١) الإيجاب والقبول من أهلها (٢) وذكر المهر ، وإن لم يذكر المهر بطل (٣) وأن يذكر الأجل وإن لم يذكر الأجل ، فالأقرب البطلان .
وقد اختلفت المنة بأجازه المنة بالكتائية عند الشيعة ، ولا تجوز الكتائية عندهم في غيرها ، ويجوزون فيها منة الأمة على الحرية بإذنها ، والجمع بين العمة وبنت الأخ بإذن العمة ، والحالة وبنت الأخت بإذنها أيضاً .
وتكره المنة بالزانية ، ولا تجوز منة البكر بغير الإذن من الأب ، وكل شرط فيها جائز ، ولا حد للمهر ، وإذا أخلت ببعض المدة سقط من المهر بنسبة المدة التي أخلت بها . ولو ظهر بطلان العقد فلا مهر لها قبل الدخول .
وبعده لها المهر ويلحق به الولد ، ولو نفاه فنيده فلا لعان ، ولا يقع بها طلاق ولا لعان ولا ظهار ، ولا ميراث لها وإن شرط ، وتعتمد بأبعد الأجل بحيضتين . أو بخمسة وأربعين يوماً ، وفي الموت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت حاملاً فبأبعد الأجلين وضع الحمل أو لمدة الوفاة .

النكاح المؤقت :

وأمام النكاح المؤقت فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقدها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر ، وهو يدخل في المنة عند الإمامية الذين أباحوها ، وذكره قسماً لها عند الحنفية فقط .

وقد قال جمهور الفقهاء : إن الزواج المؤقت باطل ، لأنه من زواج المنة أو على الأقل هو في معناه ، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من المنة ، واقتراح الصيغة بما يدل على التوقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج ، والجهرة في إنشاء العقود للقاصد والمعاني ، لا للألفاظ المجردة والمباني .

ولقد جاء في كتاب تبيين الحقائق للزيلعي مانعه : « روى الحسن عن

أبى حنيفة أنه قال إذا ذكر في العقد مدة لا يعيش مثلها إليها صح النكاح لأنه في معنى المؤبد .

ولكن الراجح عن أبى حنيفة هو أن العقد باطل طالبت المدة أو قصرت لأن الصيغة بتوقيتها صارت غير صالحة للإنشاء .

ولقد قال زفر بن الهذيل من أصحاب أبى حنيفة : إن النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت ، وذلك لأن الصيغة في ذاتها صالحة لإنشاء العقد ، ولكن اقترن بها شرط فاسد ، وهو ما يدل على التوقيت ، ومن المقرر في القواعد الفقهية العامة أن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، ومثل اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت بالزمن ، كمثل ما إذا ذكر شرطاً تنفيذه يؤدي إلى تقصير أمد الزواج مثل أن يقول تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر ، فقد انفق الحنفية على أن الزواج في هذه الحال يكون صحيحاً ، ويكون الشرط باطلاً لاغياً ، فكذلك إذا ذكر زمناً صريحاً كأن يقول تزوجتك على أن يكون الزواج لمدة سنة ، فيلغى الشرط وينعقد الزواج مؤبداً . فزفر إذن يفرق بين النكاح المؤقت والمتعة من حيث إن المتعة يكون العقد فيها بلفظ أتمتع ، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ الزواج ونحوه ، ولهذا يصحح الثاني ، ويبطل الأول .

أما جمهور الفقهاء ، فلا يفرقون في الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة ، حيث إن المؤدى واحد في كليهما .

٨٢ — تولى عاقد واحد صيغة الزواج : الأصل في العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان ينشئ أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، ولم يسغ أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين في العقود المالية ، إلا في أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لابنه ، أو أن يشتري من ابنه الذي هو في ولايته .
ولقد اختص عقد الزواج من بين العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد ، يقوم مقام عاقلين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت

له ولاية لإنشاء العقد من كلا الجانبين ، ولم يكن فضولياً بالنسبة لأحدهما .
وتكون له الولاية من الجانبين :

(١) إذا كان وكيلاً عن الرجل والمرأة .

(٢) أو كان وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب ، كأن توكله في أن
يزوجها من نفسه .

(٣) أو يكون ولياً من جانبين ، كأن يزوج حفيدته من ابن عمها الذي
هو حفيدة أيضاً ، وكلاهما في ولايته .

(٤) أو يكون ولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر كأن يوكل رجل
آخر في أن يزوجه من ابنته التي هي ولايته :

(٥) أو يكون ولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر ، كأن يزوج نفسه
من ابنة عمه التي هي في ولايته .

ففي هذه الصور الخمس لم يكن فضولياً من أى جانب ، بل كانت له الولاية
إما بالإصالة ، أو بالشرع ، أو بالتوكيل .

٨٣ - هذا رأى الطرفين أبي حنيفة ومحمد ، ووافقهما مالك وأحمد ،
وخالفهما الشافعي وزفر ، فلم يجزا أن يتولى شخص واحد للعقد من الجانبين
بعبارة واحدة . كما خالفهما أبو يوسف ، فأجاز أن يتولى شخص العقد من
الطرفين ، ولو لم تكن له ولاية كفضولي يعقد عنهما ، أو يكون فضولياً
بالنسبة لأحدهما ، فإن العقد يصح بعبارته ، ويكون موقوفاً على إجازة
تصرف الفضولي .

وحجة الشافعي وزفر أن العقد يفيد إثبات التزامات ، وحقوقاً تثبت
لكلا طرفيه ، وهذا يقتضى طرفين ، إذ لا يكون الشخص الواحد مطالباً
ومطالباً بشيء واحد في وقت واحد ، ومن جهة أخرى فإن النكاح ككل
عقد لا يتم إلا بإرادتين إحداهما موجبة والأخرى قابلة ، وهما صفتان
متقابلتان لا يمكن أن تقوموا بشخص واحد في حال واحدة .

وحجة من أثبت انعقاد العقد من الجانبين بصيغة واحدة ورود آثار تولى فيها شخص واحد العقد من الجانبين من ذلك ما يروى أن عقبة بن عامر ، روى عن النبي ﷺ أنه قال لرجل : أترضى أن أزوجهك فلانة قال نعم ، وقال للمرأة أترضين أن أزوجهك فلاناً ؟ قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه ، وقد كان ذلك بعد النبي من بعض الصحابة أيضاً ، ولم يستنكره جمهورهم ، ويروى أن قوله تعالى « ويستفتونك في النساء اللاتي لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكوهن » قد نزل في يتيمة في حجر وليها ، وهي ذات مال ، فلم يذكر سبحانه وتعالى بطلان العقد ، ولكن بين لهم أنه لا يحل عدم إعطاء المهور ، فكان ذلك تقريراً ضمنياً لصحة العقد .

وأن النائب سواء أ كان ولياً أم كان وكيلاً لا ترجع في الزواج حقوق العقد ولا أحكامه إليه ، بل هو كما يقول الفقهاء سفير ومعير ، فلا يكون ملزماً وملتزمًا لشيء واحد ، ثم هو ما دام معبراً عن كلا الطرفين ، فقد صارت عبارته تحمل في ثناياها عبارتين ، وتصلح لإيجاد هذه الحقيقة الشرعية . من غير أى منافضة لأصل شرعى ثابت .

وقد احتج أبو يوسف في إثبات انعقاد العقد بعبارة واحدة ، ولو كان فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتين ، وهي تعبر عن شخصين ، وإن لم تكن ثمة ولاية عن أحدهما أو عن كليهما ، فينعقد العقد ، وأثر الفضولي إنما يكون في النفاذ ، فينفذ إن أجازته من لم يعط العاقد توكيلاً ، وإلا بطل ، ككل عقد موقوف على إجازة من له حق الإجازة .

والنكاح في نظر أبي يوسف كالخلع ، وكما أن الخلع قد يثبت من الزوج في غيبة زوجته ، وينفذ إن أجازته ، ويكون قد قام بعبارة واحدة ، ولم يكن نائباً عن أحد طرفيه يثبت الزواج أيضاً ، وقد صح الخلع في هذه الحال باتفاق فقهاء الحنفية .

وحجة الطرفين وغيرهما في عدم انعقاد العقد بعبارة واحدة إن لم يكن بولاية عن الجانبين — أن الأصل ألا ينعقد إلا بعبارتين متقابلتين من شخصين ، ولكن تقوم العبارة مقام العبارتين ، إذا قام الدليل مقدماً على أنها قائمة مقامهما ، وكانت الولاية سابقة على الإنشاء فتصدر العبارة حينئذ وهي محملة بهذين المعنيين المتقابلين ، فإن لم تكن الولاية سابقة ، فقد صدرت ، وهي لا تحمل إلا معنى واحداً ، إذ ليس للشخص الواحد أن يجعل عبارته دالة على معنيين متقابلين ، وعلى ذلك إذا صدرت العبارة فإنما يكون شرط العقد قد وجد ، ولم يوجد الشرط الثاني فلا وجود للعقد ، حتى يقبل الإجازة .

ولا يقاس النكاح على الخلع من الزوج إذا كانت غائبة لأن الخلع من جانب الزوج يمين أى تعليق الطلاق على قبول المال ، وتعليق الطلاق ليس عقداً ، ويجوز في حضرة المرأة وغيبتها ، وقبولها ليس إجازة ولكنه وقوع ما علق الطلاق عليه ، ففرق بين الحقيقتين .

شروط الزواج

٨٤ - تنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام - شروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم ، أما شروط الصحة ، فهي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجوداً وجوداً يحترمه الشارع ، وثبت بها الأحكام التي ناطها بالعقد .

وشروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كلا عاقيه بغير وجودها ، ويستمر العقد موقوفاً عند بعض الفقهاء إذا لم تتوافر هذه الشروط ، حتى تكون الإجازة ، فيكون النفاذ .

وشروط اللزوم هي الشروط التي لا يلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها ، وبغيرها يكون لأحد العاقلين أن يفسخ العقد لا أن ينهيه .

شروط صحة العقد

٨٥ - يشترط لصحة الزواج شرطان : - أحدهما - حضور الشاهدين ، - وثانيهما - أن تكون المرأة محلاً للعقد ، بأن تكون غير محرمة على الرجل مؤقتاً أو مؤبداً ، ولنتكلم في كل واحد من هذين الشرطين ببعض التفصيل ، أما شرط الشهادة فقد اتفق فقهاء المسلمين في كل العصور على أن الغاية منه شهر الزواج وإعلانه بين الناس ، فإن فرق ما بين الحلال والحرام الإعلان ، كما وردت بذلك الآثار ، وكما تعارف الناس من وقت أن عرفوا شريعة الزواج إلى الآن ، ولقد قال النبي ﷺ : « أعلنوا النكاح ولو بالدف » ، ولقد قال أبو بكر الصديق ، لا يجوز نكاح السر ، حتى يعلن ويشهد عليه . .

ولكن هل تعتبر شهادة اثنين كافية للإعلان من غير حاجة إلى إعلان

دونها ، ولو توأصياً بالكتمان ؟ إن الأقوال في ذلك ثلاثة :
القول الأول هو قول أبي حنيفة إن الشهادة وحدها هي الإعلان .
ولو توأصى الشاهدان بالكتمان ، وهذا رأى بعض الفقهاء ، وحيثهم
ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود ، وتعيينهم طريقاً للإعلان
وعدمهم ، فقد روى أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشهود ، وروت
عائشة أن النبي ﷺ قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، فإن تشاجروا ،
فالسultan ولي من لا ولي له » .

وإن الشارع باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان ، ولم يترك
أمره ، من غير حدود ورسوم ، بل حده وعينه بالشهادة ، فكانت هي
الحد المرسوم ، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان
ولو توأصوا بالكتمان ، لأن السر لا يكون بين أربعة ، بل هو الجهر ،
ولذلك يقول القائل .

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي
وإن نفي النبي ﷺ النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر
لا بد منه وأنها كافية للإعلان .

القول الثاني — وهو المشهور عند مالك أن الشهادة ليست شرطاً
لإنشاء العقد ، بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان ، والشهادة شرط لحل
الدخول ، أى أنها ليست شرطاً للانعقاد ، ولكنها شرط لترتيب الآثار ،
والشهادة وحدها لا تكفي للإعلان ، وإن الشاهدين إذا توأصيا بالكتمان
لا ينشأ العقد ، بل لا بد من توافر الإعلان للانعقاد ، ثم تتعين الشهادة
لترتيب الآثار .

القول الثالث — أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد ، من غير
حاجة مطلقاً إلى تعيين الشهادة حداً مرسوماً للإعلان ، ومن غير اشتراطها
لترتيب الآثار ، لأن القصد هو الإعلان ، وهو فرق ما بين النكاح والسفاح .

وهذا قول عند مالك رضى الله عنه، وقول عند أحمد ، ولكن المشهور عن أحمد أنه مع الجمهور . والشبهة مع الجمهور على أن الشهادة لا بد منها وأنها كافية للإعلان ، وهناك رأى راجح عند الإمامية منهم أن الشهادة ليست بشرط .

٨٦ — وقد احتج لمالك رضى الله عنه في المشهور عنه ، وهو القول الثانى بما ورد من الآثار السابقة الدلالة على وجوب الإعلان ، وبأن الكتاب الكريم لم يشترط الشهادة في انعقاد عقد الزواج ، ونصوص السنة ليست صريحة في الإلزام بها وحدها في الإعلان عند الانعقاد ولأن الرسول جعل مناط الصحة هو الإعلان في قوله « أعلنوا النكاح ولو بالدف » .

ولقد قال يزيد بن هارون « أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد في البيع^(١) دون النكاح ، فاشتراط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوها للبيع » .

وأما الشهادة فلورود النصوص بها اشترطت لترتيب الآثار، لا للانعقاد. وليست صريحة في طلبها للانعقاد ، فكانت شرطاً لترتيب الآثار فقط .
٨٧ — ويشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين ، كما يشترط فيهما الحرية والبلوغ والعقل ، وسماع كلام العاقلين وفهمه ، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، ولا يشترط الإبصار ولا العدالة عند الحنفية .

ولنخرج ببعض التفصيل لهذه الشروط .

١ — أما الشرط الأول وهو العدد فقد ثبت بالنص ، وهو نصاب الشهادة المعروفة للإثبات في غير بعض الحدود ، فأولى أن يكون نصاب الشهادة التى يكون الغرض منها الإعلان ، وأما اشتراط أن تكون برجلين

(١) وذلك في قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » .

أو تكون برجل وامرأتين فإن شهادة النساء وحدهن لا تجوز عند الجمهور في غير مسائل استثنائية ، ولأن النساء وحدهن لا يكفين للإعلان ؛ لأن المرأة المسلمة لا تغشى المجالس والمحافل فالإعلان لا يثبت بشهادة النساء وحدهن^(١) ويكون لإعلانهن بين النساء وحدهن وإن كان مع النساء رجل ، فإن الإعلان يتوافر بين الرجال والنساء معاً .

وأما البلوغ والعقل والحرية فلأن عقد الزواج عقد له خطر وشأن ، فلا يحضره إلا ذو الاعتبار من الناس ، ولا يشيع إلا بأقوالهم ، ولأن الشهادة في نظر فقهاء الإسلام ولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم ، فلا تثب لهم شهادة على غيرهم^(٢) .

واشترط السماع والفهم ليتحقق الإعلان ، والإخبار وذبوع العقد بين الناس ، وحضور الأصم أو من لا يفهم معاني العبارات التي نشأ بها العقد ، كغيبته فلا يعتبر قد شاهد وعان ، لأنه لم يعلم شيئاً .

والإسلام شرط في زواج المسلمين ، لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بينهم ، ولأن الشهادة من باب الولاية كما أشرنا ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بمقتضى حكم الإسلام ، لأن لعقد الزواج اعتباراً دينياً ، فلا بد أن يكون الحاضرون فيه الذين يمعنى الزواج بشهادتهم من أهل العبادة الإسلامية .

ولإذا كانت الزوجة كتابية والزوج مسلماً ، فقد قال محمد وزفر والشافعي وأحمد لا تجوز شهادة الكتابيين ، بل لابد من شهادة المسلمين ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يصح العقد بشهادة الكتابيين .

ودليل الأولين أن الزواج زواج مسلم ، فلا بد أن يذيع بين المسلمين ،

(١) في رواية مشهورة في مذهب أحمد ، وفي مذهب الشافعي أن شهادة الزواج لا تكون إلا برجلين ، فلا تكون برجل وامرأتين .

(٢) مذهب أحمد جواز شهادة العبد ؛ واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة في نفيها ؛ ونقل عن أنس أنه قال : « ما علمت أحد رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة » .

وذلك بحضور الشاهدين المسلمين ، ولأن الشهادة على العقد ، والعقد يتعلق
بالزوج والزوجة معاً ، فإذا جازت شهادة غير المسلمين ، فقد كانت على المسلم
وغير المسلم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما بينا .

ووجه نظر أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشهادة في الزواج على المرأة ،
وهي كتابية ، فتجوز شهادة الكتائب عليها .

٨٨- وأبو حنيفة وأصحابه لا يشترطون العدالة في شهود النكاح ،
واشترطها الشافعي ، وأحمد في رواية عنه . والشيعية قد اختلفوا على رأيين :
أحدهما إنه لا بد من العدالة . والثاني لا يشترط العدالة كذهب أبي حنيفة
وعلى هذا الزيدية .

واستدل من اشترط العدالة بثلاثة أدلة :

(أولها) قوله ﷺ ، لا نكاح إلا بولي مرشد ، وشاهدي عدل ،
فالعدالة شرط بنص الحديث الذي أثبت لزومها .

(ثانياً) أن الشهادة في النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير ،
ولا كرامة للفساق .

(ثالثاً) أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والإعلان وهو الإثبات
عند الجحود ، فلا بد أن يكون الشهود من الصالحين لأداء الشهادة ، بأن
يكونوا عدولا مقبولى الشهادة .

وقد استدلت الحنفية لرأيهم في عدم اشتراطها :

(١) بأن الغرض من الشهادة هو الإعلان ، وهو يتحقق بحضور
الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار .

(٢) وبأن الفاسق أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه ، ولمن هو في
ولايته ، فأولى أن يشهد عليه ، لأن الشهادة عليه أقل من إنشائه ، وقد ملك
الإنشاء فيملكها بالأولى .

(٣) وبأن الفاسق أهل لأن يتولى أمر العامة ، فأولى أن تكون له
ولاية في ذلك الشأن الذي هو دونها بلا ريب .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام أن الفاسق إنما يقبل حضوره في الزواج ، ويعتبر شاهداً فيه ، إذا لم يكن في حال تلبسه بالفسق ، وذكر أن العبيد لا تقبل شهادتهم لعظم شأن العقد ، ثم قال : « وعلى اعتبار الأولى تنفى شهادة السكران حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو ، وهذا الذى أدين به ، ثم يقول فى موضع آخر : فالحق صحة العقد بحضرة فاسق ، لا فى حال فسقهم . »

٨٩ - هذا ويلاحظ فى الشهادة فى الزواج أمران :

(أولهما) أنه يجوز عند الحنفية أن يكون الشهود من آباء الزوجين أو فروعهما ، لأن الشهادة للإعلان لا للإثبات ، وإنما ترد شهادة الفروع لأصولهم ، والأصول لفروعهم فى الإثبات فقط لأجل التهمة ، وهنا ليس الغرض الإثبات ..

(وثانيهما) أنه إذا كان أحد العاقدين يعقد بالوكالة فى حضرة الإصيل أو الولى الذى وكله ، فإنه يعتبر أن الموكل هو الذى باشر العقد ، وإن كان الذى عبر هو الوكيل ، ولا مانع من أن يعتبر المبرر من الشهود ، إن احتاج نصاب الشهادة إليه ليكمل العدد ، مثال ذلك :

١ - أن توكل الزوجة رجلاً يتولى العقد ، ثم تحضر فى أثناء إنشائه ، فإنه يصح العقد إذا كان الوكيل معه شاهد آخر ، ولا يقال إن العقد قد عقد بحضرة شاهد واحد ، فقد اعتبرت المرأة قد باشرت العقد ، والوكيل والآخر كائناً شاهدين وذلك على نظر الذين يجيزون أن تتولى المرأة إنشاء عقد الزواج .

(ب) إذا وكل ولى الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد ، ثم حضر الولى لإنشاءه فإنه يعتبر هو المنشئ ، ولا مانع من اعتبار الوكيل شاهداً ، فيكتفى بشهادته مع آخر .

٩٠ - عقد الزواج عقد شكلى : يقسم فقهاء القانون العقود إلى قسمين :

١ - عقود رضائية تتم ويعترف بها القانون ، ويرتب أحكامها ، ويظلمها بحمايته ، بمجرد تحقق تراضى الطرفين ، وتوافق إرادتهما .

٢ - وعقود شكلية ، وهي التي لا يعترف القانون بها ، ولا تترتب أحكامها ويظلمها بحمايته بمجرد التراضى عليها ، بل يشترط شروطاً أخرى لترتيب الأحكام وحمايتها ، وتنفيذها ، كالرسمية في بعض الهبات .

وعقد الزواج كما رأيت ينفي الشارع اعتباره ، ولا يترتب أحكامه ، بحمايته بمجرد تراضى الطرفين عليه ، بل لابد من الشهر والإعلان بالشهادة ، على مذهب الجمهور ، وبغيرها معها على المشهور عند مالك رضى الله عنه ، فهو إذن عقد شكلي لارضائي ، وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء . ولا جدوى في أن يقال إن الشهادة في النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد ، لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة ، ولأنه على أى اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامى بوجود العقد ، ويرتب الأحكام عليه مجرداً إذا لم ينشأ بشهادة الشهود^(١) .

٩١ - محلية المرأة للزواج : تكلمنا ببعض التفاصيل في شرط الشهادة ، أما الشرط الثانى للصحة . وهو ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، فلا نتكلم هنا في تفصيله وبيان المحرمات ، بل نترك بيان ذلك لباب قائم بذاته - لما له من الشأن في أحكام الزواج .

وهنا نتكلم عن كون هذا الشرط شرط صحة أو شرط انعقاد ، وكلام الفقهاء في ذلك . قد يقول قائل : لقد ذكر الفقهاء أن حل المرأة للرجل شرط صحة مع أن ذلك محل العقد ، وقد كان المعلوم أن يكون ذلك شرط انعقاد لا شرط صحة ، لأن شروط الانعقاد إن تخلفت لم يكن للعقد وجود ، وشروط الصحة إن تخلفت يكون العقد موجوداً ، ولكن يكون فاسداً .

وإن الجواب عن ذلك الاعتراض هو أن التفرقة بين شرط الانعقاد

(١) راجع البحث مفصلاً فى كتابنا الملكية ونظرية العقد .

وشرط لصحة لها جدواها بالنسبة لعقود المعاملات المالية ، لأن المذهب الحنفي يقرر فيها تفرقة جوهرية بين الباطل من العقود والفساد ، وأنه إن تخلف شرط الانعقاد كان العقد باطلا لا وجود له ، وإن تخلف شرط الصحة كان له وجود ، ولكنه يكون فاسداً .

أما النكاح فإنه من المقرر عند كثيرين من الحنفية ، والجاري على عباراتهم في كتبهم أنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل ، وباطله فاسد ؛ لأن الشارع لا يعترف لكليهما بوجود ، على ما سنبين ، ولقد لاحظنا هذا المعنى فتكلمنا عن الانعقاد في الصيغة ، ومن يتكلم بها ، باعتبار أن هذه هي العناصر المكونة للإيجاب والقبول ، ثم تكلمنا بعد ذلك في موضوع الإيجاب والقبول وشروطه ، وسمينا القسم الأخير شروط صحة ، باعتبار أنه ليس من العبارة المكونة المنشئة .

شروط نفاذ العقد

٩٢- يشترط لنفاذ العقد ، أن يكون الذي تولى إنشائه له ولاية لإنشائه فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح نافذ ، وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته ، أو من وكله في إنشاء العقد ، ففي كل هذه الأحوال كانت له ولاية الإنشاء بالأصالة في الأول ، وبالولاية الشرعية في الثانية ، وبالوكالة في الثالثة .

وإذا لم يكن للعاقد ولاية الإنشاء ، إما لأنه ليس كامل الأهلية ، أو لأنه كامل الأهلية ، ولكن عقد لغيره من غير إنبابة بحكم الشارع ، أو بتوكيل صاحب الشأن فإن العقد لا يكون نافذاً ، بل يكون موقوفاً ، ولذلك يشترط في النفاذ أن يكون العاقد بالغاً عاقلاً ، يعقد لنفسه ، أو لمن هو في ولايته أو لمن وكله ؛ فإذا كان العاقد ناقص الأهلية فعقده موقوف ، وكذلك إذا عقد كامل الأهلية عن غيره بغير إنبابة ؛ يكون فضولياً ، ويكون عقده موقوفاً على إجازة غيره .

هذا ويلاحظ أمران (أحدهما) أنه لا يشترط في نفاذ العقد الرشد ؛ فيصح عقد الزواج وينفذ من السفية ، ولو كان محجوراً عليه ، وكذلك ذو الغفلة ؛ وذلك لأن موضوع الحجر في السفية وذى الغفلة هو التصرفات المالية ؛ وأما التصرفات الشخصية ؛ فليست موضع حجر ؛ فيجوز الزواج ؛ ولكن لا يثبت من المهر أكثر من مهر المثل ، إذا كان السفية هو الزوج ؛ ويثبت لها مهر مثلها على الأقل ؛ إذا كان السفية هو الزوجة .

(الأمر الثانى) أن مذهب أبى حنيفة ورواية عن أبى يوسف أن المرأة لها كامل الولاية فى شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإجمار ما دامت بالغة عاقلة ؛ كما أن العقد يصح بعباراتها ؛ وينشأ وإن كان الأحب والأحسن أن توكل عنها ولها العاصب فى شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ؛ وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء ؛ وإن لم يكن للولى عليها ولاية الإجمار ؛ فهو يشترك معها فى اختيار زوجها ، وهو يتولى مباشرة العقد ، ولذلك الموضوع فضل من البيان سند ذكره عند الكلام فى ولاية الزواج .

شروط اللزوم

٩٣ — عقد الزواج عقد لازم فى أصل حقيقته ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ، ونقصد بفسخه نقض العقد من أصله ، والطلاق ليس نقضاً للعقد من أصله ، بل هو لإنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التى يملكها الزوج بمقتضى العقد ، لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد .

ولأنما كان عقد الزواج فى أصل شرعته لازماً ، لأن المقاصد الشرعية التى نيطت به لا يمكن تحققها إلا مع لزومه ، إذ العشرة الزوجية الصالحة ، وتربية الأولاد ، والقيام على شئونهم من أحكامه ، وهى أحكام لا تتفق إلا مع اللزوم ، وقد كانت شرعية الطلاق عندما تفسد الحياة الزوجية ،

ولا يمكن الإمساك بالمعروف ، ويكون بقاءهما ظلماً ، وتلك أحوال عارضة فلم يكن الطلاق مشروعاً في الدين بإطلاق على ما سنبين إن شاء الله تعالى . ولكن عقد الزواج عند إنشائه ، ربما لا تتوافر فيه كل عناصر الرضا الصحيح ، كأن تكون تغيرات قد وجدت ، أو لم يكن أولياء الزوجة على علم تام بحال الزوج ، أو لم تكن هي كذلك على علم تام ، ثم يتبين أنه دونها كفاءة . ففي هذه الأحوال وأشباهاها يكون للعاقد الذي لم يكن رضاه على أساس صحيح - حق الفسخ ، وكذلك يكون لولي الزوجة حق الفسخ ، إذا كان في الزواج ما تعير به الأسرة ، وكان ذلك سيراً على القاعدة الفقهية التي تقرر أن كل عيب في الرضا يجعل للعاقد الحق في الفسخ ، لكي يكون استمرار العقد من بعد ذلك على أساس الرضا الصحيح الكامل .

ولهذا كله قد ينشأ العقد وترتب أحكامه التي لا تراخي عن سببه ، ومع ذلك يكون غير لازم ، ولقد قالوا إن شروط اللزوم في المذهب الحنفي هي :
١ - ألا يكون الولي الذي يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها - غير الأب والجد والابن ، فإنه إذا كان المزوج للمجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد والابن ، فإنه عند إفاقتها يكون لهما خيار الإفاقة ، فيكون لهما حق فسخ العقد . ولو كان بالكفء ومهر المثل ، كما هو مقرر ثابت ، وذلك لأنه وإن كان العقد ظاهر المصلحة ، يكون للولي عليه حق الفسخ لاعتبارات أخرى نفسية ، لاتضمن ملاحظتها من الولي .

وسيقين ذلك كاملاً عند الكلام في ولاية الزواج .

٢ - ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير إشرائك ولينها في أمرها ، فإنه إذا كان المهر أقل من مهر المثل ، فإن الولي العاصب له الاعتراض على الزواج ، حتى يفسخ أو يكمل مهر المثل ، وذلك على رأى أبي حنيفة رضي الله عنه ؛ لأن الولي العاصب يعير بقلة مهر من لها صلة عضوية به ، ويفخر بكثرتة ، كما هو جار في عرف الناس .

٣ - ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء ، وإلا كان لوليها حق الفسخ بالاعتراض على الزواج ورفع الأمر إلى القاضي . بطلب فسخه على تفصيل وأقوال كثيرة سنبينها عند الكلام في (الكفاءة) ولكن الراجح في المذهب الحنفي ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة من أن العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفء يكون الزواج غير صحيح .

٤ - ألا يكون قد شاب العقد تغير فيما يتعلق بالكفاءة بأن نسب نفسه لغير قبيلته ، ثم تبين أنه دونها نسباً ، وأنه من هذه الناحية ليس كفئاً ، ففي هذه الحال يكون لها حق الفسخ كما لوليها ، وكذلك إذا اشترطت عند الزواج أن يكون كفئاً ، ثم تبين أنه ليس بكفء . وهكذا كل تجهيل يتصل بالكفاءة يكون من شأنه أن يجعل العقد غير لازم بالنسبة لها إذا تبين أنه دونها ، وإذا كان التغير في النسب لا يؤدي إلى نقص كفاءته ولكنها لا ترضاه بأن ذكر نسباً ، ثم تبين أن نسبه دون هذا ، ولكنها كفء لها ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن لها الفسخ ؛ لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح ، وخالف في ذلك زفر ، وقال ليس لها حق الفسخ ، كما أنه ليس له حق الفسخ إذا انتسبت إلى غير نسبها ، ولكن الفرق واضح ، لأنه يملك التخلص بالطلاق وهي لا تملك ، وهو لا يعبر بزواجها ، وهي تعبر بزواجها من دونها ، وتفخير بزواج من هو أعلى منها .

٩٤ - وقد اشترط بعض الكتاب للزوم العقد ، ألا يكون بالزوج عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر ، فإن لها أن تطلب التفريق من القاضي ، ويفرق بينهما إن ثبت له ذلك ، وإن ذلك الشرط يكون مقبولا إلى حد في بعض الأحوال على مقتضى مذهب أحمد بن حنبل الذي يعتبر التفريق للعيوب فسخاً ولكنه لا يستقيم على مذهب مالك الذي يعتبر ذلك التفريق طلاقاً ؛ لأن الطلاق إنما هو لإنهاء يحسب من عدد الطلقات ، لا فسخ لا يحسب ، ويمسكه القاضي بالنيابة القانونية عن الزوج ؛ لأن الزوج كان

يجب عليه أن يطلق إذا فات الإمساك بمعروف، إذ تعير عليه التسريح بإحسان وهو بالطلاق، ولما لم يطلق قام القاضى مقامه فيه فطلق عليه بطلاق بانن محاسب مما يملك من الثلاث، وبهذا النظر أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، فاعتبر تفريق القاضى المستحكم صلاقاً بانناً محاسباً من عدد الطلاقات.

٩٥ - هذا ومن المقرر أن الزواج لا يدخله خيار العيب ولا خيار الرؤية، وفي خيار الشرط كلام في المذهب الحنبلى، وإنما كان لا يدخله خيار العيب ولا الرؤية؛ لأن الزواج يفرض فيه أن الرجل والمرأة كلاهما عرف صاحبه معرفة تامة من كل الوجوه من الناحية الجسمية الظاهرة، وإذا كان الشارع يفرض ذلك، فهو لم يقرر فيه خياراً من هذه الخيارات.

فإن ظهر عيب كان خفياً، ولا يمكن معه إقامة عشرة صحيحة، أو لم يكن عند الزواج عيب، ثم وجد العيب المستحكم الذى يكون معه ضرر العشرة الدائمة، ففي هذه الحال يكون للزوجة حق طلب التفريق من القاضى، ويفسخ أو يطلق بناء على ذلك، وهل يكون معنى هذا أن خيار العيب يدخل عقد الزواج؟ يظهر لى أن هذا لا يعد من التفريق لخيار العيب، وإنما يعد من التفريق للضرر من العيب، بدليل أن ذلك الحق لا يثبت فى العيب الذى كان قائماً وقت الزواج فقط، بل يثبت أيضاً فى العيب الذى يعرض بعد ذلك، مع أن الخيارات التى يثبتها الفقه الإسلامى يجب لتحقيق معناها أن يكون سببها قائماً وقت إنشاء العقد. فخيار العيب يوجب أن يكون العيب قائماً وقت العقد ولا يعلبه، ولذلك يكون الفسخ بخيار العيب فى البيع ونحوه مستنداً إلى وقت العقد، أى أنه يعود عليه بالنقض لنقصان الرضا وقت الإنشاء، وليس الأمر كذلك فى التفريق للعيب فى الزواج، إذ أنه يثبت من وقت حكم القاضى حتى على رأى من يقول إنه فسخ لا طلاق - هو إنهاء للزواج وإن لم يعد فى الطلاقات، وهذا ظاهر كل الظهور بالنسبة للعيب الطارىء بعد تمام العقد.

. أما العيب الذي كان ثابتاً وقت العقد فإن سبب الفسخ يكون قائماً من وقت إنشائه ، وإن تأخر العلم ، ويكون العقد غير لازم بالنسبة لها ، ولكن عند التفريق ، لا يكون التفريق مستنداً إلى وقت العقد ، كالتفريق لخيار العيب ، بل يكون ثابتاً من وقت الحكم ، ولذلك تترتب الآثار إلى ما قبل الحكم ، فتجب النفقة اتفاقاً ، ويثبت المهر كله بعد الدخول ، أو بعضه قبله على قول الأكثرين ... وهكذا .

هذه شروط الزواج لصحته ، ونفاذه ، وإزومه ، قد فصلنا بعضها ، وكنا قد تركنا ما يحتاج تفصيله إلى شرح وإيضاح . وهو كون المرأة حلاً للرجل ، والولاية والكفاءة ، ولنبين ذلك الآن .

المحرمات

٩٦ - المحرمات قسمان : (١) محرمات على التأييد ، لا يحل للرجل أن يتزوج من أبدأ ، وهن اللاتي كان سبب تحريمهن وصفاً غير قابل للزوال كالبنوة والأخوة ، والعمومة ، وهكذا . (٢) ومحرمات تحريماً مؤقتاً ، وهن اللاتي يكون سبب تحريمهن أمراً قابلاً للزوال ، فيكون التحريم ما بقي ذلك الأمر ، ككونها زوجة للغير . أو كونها مشركة ، أو كونه غير مسلم ، فإن هذه أمور قابلة للزوال ، فإذا زالت زال التحريم .

والمحرمات على التأييد ثلاثة أنواع : (١) محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاغة ؛ فإن هذه الأنواع الثلاثة تنشيء صلات غير قابلة للزوال ، فيكون التحريم أيضاً غير قابل للزوال .

٩٧ - والمحرمات بسبب القرابة أربع شعب ، هي :

(١) فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه ؛ وهكذا كل فرع يكون جزءاً منه أو جزءاً من يتصل به ذلك الاتصال .

(ب) أصوله من النساء ، وإن علون ، فأمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه جميعاً هن أصوله من النساء ، فيحرم عليه ؛ إذ هو جزء منهن فكما حرم عليه جزؤه ، فكذلك حرم عليه من هو جزؤه .

(ج) فروع أبويه . وإن نزلن ، وفروع الأبوين من الأخوات ، سواء أكن شقيقات ، أم لأب ، أم لأم ، وفروع الأخوة والأخوات ، فيحرم على

الرجل أخواته جميعاً ، وأولاد إخوته ، وأخواته جميعاً ، وفروعهم مهما تكن الدرجة .

(د) فروع الأجداد والجندات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، فالعمات والخالات حرام عليه ، مهما تكن درجة الجد والجدة ، ولكن بنات الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال ، مهما يعل الجد أو الجدة اللاتي تفرعن منها ، إذ المحرم من فروع الأجداد والجندات من انفصل عن الأصل بدرجة واحدة .

٩٨ - والأصل الذي ثبت به تحريم هؤلاء هو قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ، وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، فإن تلك الآية الكريمة حرمت سبعا بنصها ، وبعض الأنواع السابقة تبين تحريمه من نص الآية الكريمة ، وبعضها يستبين بضرب من التفسير ، أو التأويل الظاهر .

فالأم ثبت تحريمها بنص الآية ، لأنها ذكرت بنصها ، ومثل ذلك البنات الصليات ، والعمات والخالات ، وكل من انفصل بدرجة واحدة يطلق عليه عمّة أو خالة مهما يعلون ، ومهما يكن الجدود الذين ينتمون إليهم ، وكذلك ثبت بالنص تحريم الأخوات ، وبنات الأخ وبنات الأخت .

أما الجدات فكان تحريمهن أولاً بالإجماع : إذ انعقد الإجماع على ذلك معتمداً على الآية ، وثانياً لأن الجدات أمهات مجازاً ، إذ الأم تطلق على الأصل من النساء على سبيل المجاز ، أو المراد بالأمهات الأصول ؛ وذلك لإطلاق لغوى استعمله القرآن الكريم في قوله تعالى : « وعنده أم الكتاب ، وثالثاً بدلالة النص ؛ لأن الله حرم العمات والخالات ، فالجدات أولى بالتحريم ، لأنهن طريق الاتصال ، ففهم تحريمهن بدلالة النص .

وبنات البنات . وإن زلن ، وبنات الأبناء كذلك ثبت تحريمهن بالطرق

الثلاث : النص ، والإجماع ، ودلالة النص ، لأنهم أقرب إلى الرجل من عماته وخالاته ، وبالمجاز إذ هن بنات الشخص مجازاً .

ومثل ذلك بنات بنات الأخ ، وبنات بنات الأخت إلى آخره ، فقد كان الإجماع عليهن ، وثبت التحريم بدلالة النص ، وبطريق المجاز كما بينا . والقراءة المذكورة في الآية سبب التحريم ، سواء كان سبب ذلك النكاح أم السفاح ، فالبنات التي تلدها من زنى بها حرام عليه ، ولو كان نسبها لا يثبت منه ، لأن الزنى لا يثبت نسباً ، وهكذا فالنظر في القراءة المحرمة إلى الواقع ؛ لأن العلة هي الجزئية ، وصلة الدم ثابتة قائمة ، فيثبت معها التحريم .

وهذا مذهب أبى حنيفة وأصحابه ومذهب الشافعى خالف ذلك ، وقرر أن القرابة التي تكون من سفاح لا تحرم النكاح ، إنما الذي يحرم النكاح هو القرابة الناشئة من نكاح ؛ لأنها القرابة التي يثبت بها النسب شرعاً ، وفي غيرها ينتفى النسب ، فلا تحريم لذهاب موجهه ، ولأن التحريم بالقرابة نعمة ، والنعمة لا تثبت بالمعصية .

٩٩ — حكمة التحريم : (١) قد أجمعت الشرائع المنزلة على تحريم الزواج من المذكورات ، فالإسلام هذا نصه ، واليهودية والنصرانية فيما بقي منهما من أحكام إلى اليوم ترى فيهما التحريم لهؤلاء ثابتاً . ونصوصه قائمة ، وأجمعت الشرائع المنزلة على التحريم — ذلك الإجماع ؛ لأنه مشتق من الفطرة الإنسانية ، بل بعض الحيوان العالى لا يأخذ أليفه من عشه أو وجاره ، بل يسعى إلى عش آخر أو وجار آخر .

(ب) ولقد أثبتت التجارب العلمية التي أجريت في الحيوان أن التلاقح بين سلالات مختلفة الأرومة ينتج نتاجاً قوياً ، والتلاقح بين حيوانات متحدة الأرومة ينتج سلاً ضعيفاً .

وعلى ذلك بكور الزواج بين القرابة القريبة ينتج سلاً ضعيفاً . وقد

لاحظ ذلك الأقدمون ، فهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لآل السائب ، وقد رآهم يتزاجون فيما بينهم : « قد أضويتم ، فانكحوا فى النوايح » .
وتعليل ذلك واضح ، فإن الإقبال على ذات القرابة القوية لا يكون قوياً والولد نتيجة هذا الإقبال ، إذ يولد من ذلك .

(ح) هذا وإن الزواج من هؤلاء القريبات يفسد العلائق الكريمة التى تربط بينهم ، والعواطف الشريفة التى تبعثها الفطرية للإن ، فأولئك يتمتعن بحب الأبوة وحنانها ، أو بر البنوة وتقديسها للأبوة ، أو مشاركة الأخوة فى تمازج الأحاسيس الأخوية التى أوجدتها المشاركة فى الدم ، وهكذا سائر القرابات القريبة ، فإذا كان الزواج منهم - فسدت تلك العلائق ؛ لأن أكثرها يتنافى مع الأنس الزوجى الذى يقتضى أن ينخلع الإنسان فى كثير من الأحيان من ربة التقاليد التى كوتها العلائق السابقة ، وحينئذ تفسد هذه العلائق بمقاومة العاطفة التى يخلقها الزواج ، فتضعف كلاتهما بالمقاومة ، فلا تكون قرابة كريمة شريفة ، ولا زوجية صالحة .

ولقد قال فى هذا المقام الكسانى فى البدائع : « إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطع الرحم ؛ لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحياناً ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم ، فكان النكاح منهم سبباً لقطع الرحم ، ومفضياً إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام ، وهذا المعنى يعم الفرق السبع ؛ لأن قرابتهن محرمة القطع ، واجبة الوصل ، وتختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف ، وخفض الجناح لهما ، والقول الكريم ، ونهى عن التأفيف لهما ، فلو جاز النكاح ، والمرأة تكون تحت أمر الزوج ، وطاعة مستحقة عليها للزمها ذلك ، وإنه يتنافى الاحترام ، فيؤدى إلى التنافس » .

وإن ذلك الكلام حق لا ريب فيه ، لأن الحياة الزوجية لا تتفق مع

علاقات القرابة ، ولا تستقيم كلتاها مع الأخرى ، فتفسد كلتاها .
وذلك فوق أنه قد يكون تنافس بين هؤلاء الأقارب على واحدة منهم ،
فتكون القطيعة .

(د) ولإننا لو أبحنا الزواج بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب
ألا يلتقى الرجل بإحدى هؤلاء القربيات ، حتى لا يتولد الطمع فيهن ،
والطمع يلهب الحس ويشور به الشوق ، فتكون مفسد ، وإذا منع التقاء
الأخ بأخته ، والرجل بعمته وخالته وابنة أخيه كان في ذلك ضيق شديد
فكان التحريم لينقطع الطمع ، ويكون اللقاء ، وقد قال الدهلوى في حجة الله
البالغة : « الأصل في التحريم جريان العادة بالاصطحاب والارتباط ، وعدم
إمكان لزوم الستر بينهم ، وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعي
دون الصناعي ، فإنه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والإعراض عن
الرغبة فيهن لهاجت مفسد لا تحصى . . . وأيضاً لو فتح باب الرغبة فيهن ، ولم
يسد ولم تقم اللائمة عليهم فيه ، لأفضى ذلك إلى ضرر عظيم عليهن ، فإنه يكون
سبب عضلن عن يرغبن فيه لأنفسهن » .

وبعد فإن هذا التحريم هو صوت الفطرة ، والدفاع عنه دفاع عن
بدهيات ، والأهم التي كانت تبيح بعض هذا قد أنكر التاريخ صنيعها ، وساق
أخبارها في مساق المنكرات ، وسجل سوء مغبته .

١٠٠ — المحرمات بسبب المصاهرة ، يحرم بسبب المصاهرة على التأيد

أربع شعب :

أولها : من كانت زوجة أصله ، وإن علا ذلك الأصل ، سواء أكان
من العصبات كأبي الأب ، أم كان من ذوى الأرحام كأبي الأم ، وسواء أدخل
بها الأصل أم لم يدخل .

ثانيها : من كانت زوجة فرعه سواء أكان من العصبات كابن الابن أم
من ذوى الأرحام كابن البنت ، وسواء دخل بها أم لم يدخل .

ثالثها : أصول من كانت زوجته وإن علون ، سواء أدخل زوجته أم لم يدخل .

رابعها : فروع من كانت زوجته ، وإن نزلن ، ولكن بشرط الدخول بزوجه .

١٠١ — ولنبين الدليل على تحريم كل طائفة من هذه الطوائف الأربع . أما الطائفة الأولى ، فالدليل على تحريمها قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف » ، لأنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً ، وقد دلت هذه الآية الكريمة بنصها على تحريم زواج من كانت زوجة للأب ، وبما اشتملت عليه من تحريم أزواج الأجداد وإن علوا ، لأن وصف المقت والفاحشة يتحقق في الزوج من كن زوجات الأجداد وإن علوا ، كما يتحقق في الزوج من زوجة الأب ، ويصح أن يفهم تحريم زوجات الأصول جميعاً إذا أردنا من الآباء الأصول ، لأنه قد يراد به الأصل مجازاً فيشمل الأب الحقيقي والجد وإن علا ، وقد انعقد الإجماع على تحريم زوجات الأجداد ، فكان ذلك التحريم ثابتاً بالإجماع .

هذا وإن نكاح زوجة الأصل ينمى إلى قطع الرحم ، لأنه إذا فارقتها أصله فقد يندم ، فيريد أن يعيدها ، فإذا تزوجها ابنه أو حفيده فقد قطع السبيل دون إرادته ، وأوحشه بذلك ، وإن الفطرة السليمة تجافى ذلك النكاح الذي سماه الشارع مقتاً وفاحشة .

والآية تفيد أن زوجة الأصل محرمة ، سواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل ، لأن النكاح المراد به العقد ، فالعقد وحده سبب للتحريم ، سواء أ كان معه دخول أم لم يكن .

وأما الطائفة الثانية ، وهي زوجة الفروع فقد ثبت تحريمها بقوله : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ، وذلك عطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » .

وقد قيد الله سبحانه وتعالى الأبناء بقيد أن يكونوا من الأصلا ب
لكي يعرف الأبناء بذلك الوصف ، فيفيد أن الأبناء هم الذين من الصلب
لا الذين يتبنون ، وبهذا يتبين أن المحرم هو زوجات الأبناء ، لا زوجات
المتبنين لأنهم ليسوا أبناء ، إذ ليسوا من دمه ، وليسوا جزءاً منه .

وقد ثبتت حرمة زوجة الابن بالنص ، وغيره بالقياس المساوى للجبلى ،
لأن سبب التحريم هو الجزئية ، وكل فروع الشخص أجزاء منه ، أو يراد
من الأبناء كل من يتصل به بصلة الولادة ، لأن أولئك أبناء مجازاً له ، وقد
انعقد الإجماع على تحريم زوجة الفرع .

وزوجة الفرع محرمة ولو لم يدخل بها ، لأن الله تعالى قال : « وحلائل
أبنائكم ، والحليلة من تحل ، سواء أحصل دخول أم لم يحصل .

والحكمة فى تحريم زوجة الفرع هو المحافظة على العلائق بين آحاد
الأسرة ، ومنع كل ما يؤدى إلى القطيعة بينهم ، إذ لو أبيع للرجل أن يتزوج
حليلة ابنه بعد أن يطلقها لآدى ذلك إلى بذر بذور الضغينة بينهما ؛ لأن
الابن ربما يريد معاودة الحياة مع مطلقاته ، فإذا رأى أباه قد تزوجها أضغنته
ذلك وأوحشه ، وإن زوجة الابن ، كبت الأب ، وكثيراً ما تناديه بنداء
البنات لأبيها ، فكيف يحل له زواجها ، وإن هذا ضد الفطرة السليمة .

وأما الدليل على تحريم الطائفة الثالثة ، وهن فروع من كانت زوجته
التي دخل بها ، فهو قوله تعالى « وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي
دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وذلك عطف على
قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم ... »

والربيبة هى ابنة الزوجة ، لأنه يربها ، وهى حرام بنص الآية ، سواء
أكانت فى الحجر أو لم تكن ، ووصفها بأنها فى الحجر وصف كاشف ،
وليس بقيد ، لأن الغالب أنها تكون فى الحجر ، ولقد قال بعض الناس
كالظاهرة إن تحريم الربيبة مقيد بأن تكون فى الحجر ، ويروى ذلك القول

عن علي ، وليس بصحيح في نسبته وحجته ، لأن ذكر الوصف عند التحريم لا يدل على الحل إذا لم يكن ، بدليل أنه عندما نص على حال الحل ذكرها في حالة الدخول فقط ، فقال : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، فلا جناح عليكم ، ولم يذكر عند الحل الحال التي لا تكون فيها في حجره فأقصى ما يدل عليه الوصف ، أن يكون مشيراً إلى الغالب ، أو هو مبين للتحريم في حال وجوده ، والباقي فهم تحريمه من علة التحريم ، أي بالقياس الجلي ، أو من مفهوم قوله تعالى : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، فإنه يثبت أن حال الدخول تثبت الحرمة ، سواء أكانت في الحجر أم لم تكن . فالحق أن ذلك الوصف ليس للتقييد ، بل خرج تخريج العادة ، وليبان قبح التزوج بهن ، لأنهن غالباً في حجورهم كأبنائهم وبناتهم ، فلهن ما للبنات من تحريم . وأما دليل تحريم الطائفة الرابعة ، في قوله تعالى : « وأمهات نسائكم ، بالعطف على قوله تعالى : « حرمت عليكم ، وقد أثبت هذا النص حرمة زواج الأم ، وأثبت حرمة زواج الجدات ، بدلالة النص ، أو القياس الجلي ، أو دلالة الأولى على حسب تسمية علماء الأصول لذلك النوع من الأدلة ، وقد انعقد الإجماع على تحريم كل أصول الزوجة ، ويصح أن نقول إن المراد من الأمهات الأصول ، لأن الأم هي الأصل في بعض الاطلاقات ويجوز أن تكون هنا كذلك .

وأمهات الزوجة يحرم الزواج بهن ، سواء أدخل بالزوجة أم لم يدخل للإطلاق وعدم التقييد بحال الدخول كما قيد التحريم في قوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، وهذا رأى الجمهور من الفقهاء . وهناك رأيان آخران : (أحدهما) أن تحريم أم الزوجة مقيد بالدخول بها . كما قيد تحريم بنت الزوجة .

والرأى الثاني هو رأى زيد بن ثابت . وهو أنه إن حصل فراق البنت عن طلاق قبل الدخول تحل له الأم . وإن كان الفراق بسبب الوفاة فلا تحل

لأن الفراق بالموت كالفراق بعد الدخول يثبت المهر كاملاً ، فكان مثبتاً للتحريم ، كما أثبت المهر .

واحتج من اشترط الدخول لتحريم البنت أن الله تعالى قال : «وأما نكاح نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، فلا جناح عليكم» وقد جاء القيد الأخير بعد الأمرين فكان التحريم في الطائفتين مقيداً بالدخول . وعلى ذلك يكون شرط الدخول ثابتاً في تحريم الأمهات ، كما هو ثابت في تحريم البنات .

واحتج الجمهور بظاهر الآية ، لأن الوصف كان للحال الأخيرة دون سابقتها ، فكانت الأولى على إطلاقها ، وكان التحريم في الثانية مقيداً بحال الدخول ، والأصل في الألفاظ أن تجرى على ظاهرها ، واعتبار القيد للثنتين تخرج للكلام على غير ظاهره ، ولا يخرج الكلام على غير الظاهر إلا لدواع يدعو إليه ، كعدم استقامة المعنى على الظاهر ، والمعنى هنا على الظاهر مستقيم ، لا يحتاج إلى تخرج .

وقد أيدت السنة ذلك الظاهر وعينته للدلالة ، فقد روى أن رسول الله ﷺ قال : «أما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا بأس أن يتزوج ابنتها ، وأما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها» (١) .

وأن التفرقة بين الزواج من أم الزوجة وبنتها واضح ، لأنه إن طلق البنت قبل الدخول ، وتزوج أمها التي بنيران العداوة في قلب البنت ، وليس في نفسها من دواعي الإيثار ما يجعلها تؤثر أمها بذلك الزوج على نفسها ، والعرف لا يعاونها عليه ، أما الأم فإنها في العادة وبسنة الفطرة تؤثر بنتها على نفسها ، وإن ثارت في نفسها الغيرة ، فإن مجرى العادة والعرف يطفئها ،

(١) طعن في هذا الخبر محمد بن جرير الطبري ، ولكن قد كثر النقل عن النبي صلى الله عليه وسلم في معناه ، وجاءت الفتوى بمعناه عن كثير من الصحابة .

وفرط محبتها. لا بنتها يلطفها ، ولكن إن حصل دخول بالأم تكون قد استوفت كل حظوظ الزواج ، وكانت بنتها كبنت الزوج ، فلا تحل له ، والعادات ومجاري العرف لا تقر هذا الزواج فكان التحريم .

١٠٢ - وقبل أن نترك هذا المقام نشير إلى أمرين كانا موضع اختلاف الفقهاء . أحدهما - اللمس بشهوة ، والنظر بشهوة ، أيعتبر كالدخول الحقيقي ، ويعطى أحكامه في حال اشتراط الدخول للتحريم ، وهي حال الربيعة ، أم لا يكون كالدخول ، فلا تحرم به .

قال أبو حنيفة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث بن سعد : إن اللمس بشهوة يكون كالدخول ، وهو أحد قول الشافعي ، وقال داود والمزني لا يحرم إلا الدخول الحقيقي ، وهو القول المختار المفتي به عند الشافعي .

وقد اشترط أبو حنيفة في النظر الذي يعتبر كالدخول وكاللمس بشهوة أن يكون للفرج .

وأساس الخلاف في هذا الأمر أن من يرى أن النظر بشهوة أو اللمس بشهوة كالدخول في إثبات التحريم - توسع في معنى الدخول ، فجعل كل ما هو من قبيل الاستمتاع من نظر ولمس بشهوة ، أو لمس بشهوة فقط على رأى بعضهم ، يعد دخولا ، لمأفيه من معنى المتعة التي جعلت الدخول محرما ، وقد أبدوا نظرم ببعض الأخبار ، من مثل ما روى من أن النبي ﷺ قال : « من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وبنتها » .

أما الفريق الذي لا يعتبر غير الدخول الحقيقي محرماً ، فهو لم يتوسع ذلك التوسع في معنى الدخول ، لأن اللفظ إذا أطلق لا ينصرف إلا إلى معناه الحقيقي وإن الأخبار التي يعتمد عليها الفريق الأول أخبار ضعاف في نظر من اقتصروا في معنى الدخول على الحقيقي دون سواه .

الأمر الثاني - الذي كان موضع خلاف الفقهاء هو أنه إذا حصل

دخول بامرأة من غير عقد ، أيحرم من يحرمه العقد ، ويحرم من يحرمه الدخول في عقد صحيح ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن الدخول بغير عقد كالدخول بعقد صحيح ، إن كان الدخول حلالاً في أصله كالدخول بملك اليمين ، أو كان حراماً في ذاته ، ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد ، ومحت وصف الجريمة ، ولم يعتبر زنى كالدخول في بعض الأنكحة الفاسدة ، أو الوطء بشبهة ، ويعتبر الدخول في هذه أيضاً كالعقد يحرم ما يحرمه .

ولأنما موضع الخلاف هو الدخول الذي يعتبر زنى ، فهنا اختلف الشافعي ، وأبو حنيفة وغيرهم ، فالشافعي يرى أنه لا يوجب تحريماً كالعقد ، ولا الدخول في عقد ، وأبو حنيفة والأوزاعي يعتبره محرماً لما يحرمه النكاح ، والدخول في عقد صحيح ، وأما مالك فالمرئى عنه في الموطأ مثل قول الشافعي ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة إنه يحرم ، وسحنون يذهب إلى أن الصحيح عند مالك ما رواه الموطأ وهو الموافق لرأى الشافعي .

والأصل في هذا أن أبا حنيفة اعتبر الأساس في تحريم حرمة المصاهرة بسبب الدخول هو الدخول من غير قيد الحل ، فالعلة في التحريم بسبب المصاهرة في الدخول بملك اليمين هو مجرد الدخول من غير نظر إلى كونه حلالاً ، وما دامت علة تحريم الأصل هي مجرد الدخول ، فالدخول الحرام الذي لم يدرأ فيه الحد قد تم فيه مناط التحريم ، فيكون التحريم ، ويرشح ذلك أن الدخول في النكاح الفاسد حرام لاشك في ذلك ، ومع ذلك إن وجدت شبهة قوية كان سبباً في التحريم بالإجماع .

والشافعي يفرق بين الدخول الحلال ، والدخول الحرام ، وأما الحل والحرمة هو الحد ، فإن لم يوجد الحد كان الدخول حلالاً أو كالحلال ، وإلا فهو حرام ، والدخول الحرام غير مثبت لحرمة المصاهرة ، لأنها نعمة ، والنعمة لا تكون بأمر قام الدليل على أنه حرام من غير شبهة ، ويقول رحمه الله في التفریق بين دخول حلال ودخول حرام ، عند مناظرته للإمام محمد بن الحسن : «وطء ، حمدت به ، ووطء رجعت به ، فكيف يشتبهان !!» .

١٠٣ — الحكمة في التحريم بالمصاهرة: إن الشرائع السماوية قد وافقت الشريعة الإسلامية في التحريم بسبب المصاهرة فكان هذا دليلاً على أن ذلك التحريم مشتق من الغطرة الإنسانية ، إذ لم تختلف فيه الشرائع ، والحق أنه يتفق مع الطبع السليم ، فإن المرأة إذا اقترنت بالرجل صارت قطعة من نفسه ، وصار هو قطعة منها ، « هن لباس لكم ، وأتم لباس لهن ، وإذا صارت جزءاً لا ينفصل من نفسه كان من منطق الزواج أن تكون أمها كأمه ، وابنتها كابنته ، فتحرم عليه أمها ، كما تحرم عليه أمه ، وتحرم عليه ابنته ، وتحرم هي على أبيه كما تحرم على أبيها ، لاذ صار أبوه أباهاً أيضاً ، وتحرم على ابنه كما يحرم ابنها عليها ، وما باعدت الحق الشرائع التي تسمى أبا الزوجة أبا للزوج . وابنها ابناً له وأباه أبا لها . . . وما جاوز الناس في عرفهم — الطبيعة والحق إذا أطلقوا هذه الأسماء .

ولأنه لو أبيع للرجل أن يتزوج أم زوجته وابنتها . . . وهي تزوج أباه وابنه لأدى ذلك إلى أن تقام الحجب ، وبذلك ينقطع الرجل عن أهله ، وتنقطع هي عن أهلها ، فيكون كلاهما في وحشة لا تجد من يسرى عنها ، ولا من تبثه نفسها ، ولا يجد كذلك من يعاونه ، ويزيل همه ، ويلقى إليه بدعائل نفسه .

وأنه لو ساغ للآم أن تتزوج زوج ابنتها ، وللبنت أن تتزوج زوج أمها . . . لتقطعت الأرحام ، ولأوجس الأصل خيفة من فرعه ، وأوجس الفرع الخيفة من أصله ، وما بمثل ذلك تقام دعائم الأسر .

التحريم بالرضاع

١٠٤ — هذا هو القسم الثالث من المحرمات على التأيد ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، والمحرمات من الرضاع على ذلك شعب ثمان هي :

(أ) أمهاته اللاتي أرضعنه ، وبعبارة عامة أصوله من الرضاعة . سواء أكن من جهة الأب ، أم من جهة الأم ، كأم من أرضعته ، وأم أبي من أرضعته ، وأم أبيه رضاعاً ، والأب الرضاعي هو زوج الأم الرضاعية الذي كان سبب اللبن الذي رضع منه الطفل ، فإذا كانت امرأة متزوجة برجل أعقبت منه نسلاً، فوضع طفل من لبن ذلك النسل ، فهو ابن للزوج ، ولو كانت وقت الإرضاع ليست زوجة لصاحب اللبن .

(ب) فروع من الرضاع ، فتحرم عليه ابنته رضاعاً ، وهي التي تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده على ما بيننا ، وابنة بنته من الرضاع ، وهي من أرضعتها ابنته الصلبية ، أو ابنته الرضاعية على ما ذكرنا .

(ج) فروع أبويه من الرضاع وإن نزلن ، سواء أكانت صلتهم من جهة الأب أم من جهة الأم ، فيشمل أخته الرضاعية التي أرضعتها أمه وفروعها ، ويشمل أخته التي رضعت من امرأة كانت زوجة لأبيه ، إذا رضعت من لبن كان أبوه سببه ، وفروعها كذلك .

(د) ويحرم فروع أجداده ، إذا انفصلن بدرجة واحدة سواء أكن جدوده أم من جهة الأم ، أم من جهة الأب كما بينا ، وسواء أكانت فروعهم - طريق الاتصال بينهم الأب ، أم الأم .

(هـ) الأصول الرضاعية لزوجته ، فأما التي أرضعتها تحرم عليه ، وجدتها كذلك سواء أكانت أم أمها رضاعاً أم أم أبيها ، وسواء أدخل بزوجه أم لم يدخل ، لأن الرضاع في المصاهرة كالنسب فيها .

(و) فروع زوجته من الرضاع إن دخل بزوجه ، فتحرم عليه ابنتها ، رضاعاً ، وخفيديتها رضاعاً ، سواء أكانت طريقها البنت ، أم كان طريقها الابن .

(ز) زوجة أصله الرضاعي ، وأصله الرضاعي هو من كان أباً لمن أرضعته أو كان سبب اللبن الذي رضع منه .

(ح) زوجة فرعه ، فتحرم عليه زوجة ابنه الرضاعي ، وهو الذي رضع من لبن كان هو سببه ، كما يحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعي ، ويشمل ابن بنته الصلبية أو الرضاعية . . . وهكذا .

١٠٥ - ولقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب ، فقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة ، وهذه نص في تحريم الأصول ، والأخوات ، ولم تتعرض بنصها لغير هؤلاء وقد فهم بعض المفسرين من هذه تحريم الباقي من المحرمات ، وذلك لأنه تعالى لما سمي المرضع أمًا وابنة المرضع أختًا ، فقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب ، فيفهم الباقي بدلالة النص أو فحوى الخطاب ، إذ كيف يحرم عليه أصوله رضاعا ، وتحل له ابنة بنته رضاعا ، وكيف تحرم عليه أخته رضاعا وتحل له ابنتها ، وكيف تحرم عليه من التقت معه على ثدي أمه ، وتحل له أخت أمه رضاعا ، بل كيف تحل له هذه ، وقد حرمت ابنة أخته ، والعلاقة واحدة ؟ .

ولقد كان الاختصار على ذكر الأمهات والأخوات مشيراً إلى الباقي ، لأن المحرمات بالنسب قسمان : قسم أولاد وهو ما كانت الصلة فيه من عمود النسب ، وقسم الحواشي ، وهو ما كان غير ذلك ، فذكر من كل قسم ما يشير إلى سائر ، أو يدل عليه بدلالة الأولى : فذكر من عمود النسب الأمهات ، ومن الحواشي الأخوات ، وكان في العبارة من التنبية - ما يجعل العقل يحكم على الباقي بالتحريم إذ سمي المرضع أمًا ، وأولادها أخوات ، وكان ذلك موجهاً للعقل لأن يحكم في الباقي ، وذلك من الإيجاز المعجز والبيان المحكم .

ولقد جاءت السنة بعد ذلك مجلية ؛ مؤكدة ذلك المعنى ؛ فقد روى أنه ﷺ لما طلب إليه أن يتزوج ابنة عمه حمزة قال : « إنها لا تحل لي ، إنها ابنة أخي من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، وروى أن عائشة

كانت قد رضعت من امرأة أبي القعيس من ولادة منسوبة إليه ، فجاء أفلح أخوه يستأذن عليها ، فلم تأذن له ، وقالت : إنما أرضعتني امرأة أخيه ، فلا آذن له ، حتى أستأذن رسول الله ﷺ ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ قال : إيدنى له ، فإنه عمك تربت يدك .

١٠٦ - يتبين مما تقدم أن من يحرم من النسب يحرم من الرضاع ، وإن المصاهرة الرضاعية ، كالمصاهرة النسبية ، وفي الجملة : كل علاقة بسبب النسب أوجدت تحريماً ، فمثل هذه العلاقة إذا كانت رضاعاً توجب التحريم أيضاً .

يبد أنه توجد أحوال تثبت مع النسب علاقة ، ولا تثبت في الرضاع أى علاقة ، وفي هذه الحال لا يكون تحريم ، لأنه لم توجد رابطة رضاع أو مصاهرة .

ومن ذلك - الصورة الآتية :

(أ) أخت الابن من الرضاع ، فإنه لاعلاقة تربطها بالآب ، بينما توجد هذه العلاقة حتماً في أخت الابن النسبي ، لأنها إما أن تكون ابنته ، أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاها حرام عليه ، ولذلك تحرم أخت الابن أو البنت نسباً لهذه العلاقة . ولا تحرم أخت الابن أو البنت رضاعاً ، لعدم وجود أى علاقة .

(ب) أم أخته أو أخيه رضاعاً لا تربطهما به علاقة ، ولذلك لا تحرم بينما نظيرتها في النسب ، وهى أم أخيه أو أخته نسباً تكون حراماً عليه ، لأنها زوجة أبيه أو من دخل بها أبوه ، فلا تحمل له لهذه العلاقة المحرمة .
(ح) جدة ابنه أو بنته رضاعاً لا تحرم عليه ، لعدم وجود علاقة تربطها بها ، بينما جدة ابنه أو بنته نسباً تحرم عليه لوجود هذه العلاقة ، لأنها من أمهات زوجته فتحرم عليه لهذه العلاقة .

وأخت أخيه رضاعاً لا تحرم عليه لعدم العلاقة ، وكذلك أخت أخيه

نسباً لا تحرم إذا لم تكن علاقة . كأن يكونا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه ، أو أخوين لأم ، ولأحدهما أخت لأبيه ، فإنه لا علاقة بينهما وبين أخت أخيه في هذين المثالين ، فلا يوجد تحريم ، لعدم وجود سببه .

١٠٧ - وقبل أن نبين المقدار المحرم من الرضاع ، وحكمة التحريم نذكر أمرين في الرضاع اختلف الفقهاء في كونهما من أسباب التحريم فيه ، (أولهما) التحريم من جانب الرجل بالرضاع أى اعتبار صلة الرضاع محرمة بين الرضيع وصاحب اللبن . (وثانيهما) مسألة كون الرضاع موجباً للمصاهرة المحرمة ، كما أوجب النسب ، كأم زوجته رضاعاً ، وفرعاً رضاعاً من غيره وهكذا .

أما المسألة الأولى ، وهى مسألة نسبة اللبن إلى الرجل ، وكونه محرماً ، فقد قرر جمهور الفقهاء أنه يحرم ، فإذا أرضعت الأم طفلاً بلبن جاءها بسبب حمل من رجل حرمت تلك العطفة على أقاربه ، فتحرم على أخيه باعتبارها ابنة أخيه ، وتعتبر اختاً لأولاد الرجل النسيين . . وهكذا . . وتسمى مسألة ابن الفحل ، وقد روى عن أحمد بن حنبل في تفسير كلمة ابن الفحل ، وكونه سبباً للتحريم ما نصه « لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذا صبيلاً لا تزوج هذه من هذا » .

ولقد تبع جمهور الفقهاء في هذا جمهور الصحابة والتابعين ، ولقد خالف في هذا بعض التابعين ، منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، والنخعي ، وتبعهم الشافعي في أحد قولييه ، فأولئك لا يوجبون التحريم بسببه ، وحجتهم (١) أن سبب التحريم بالنسبة للرجل غير قائم ، لأن المرضع إذا أرضعت الولد ، فقد أخذ جزءاً منها ، إذ تكون لحمه وعظامه من لبنها ، فكان حقاً أن يكون ولدها ، وتحرم عليه بسبب هذه الصلة ، أما الرجل الذى كان منه الحمل الذى أوجد اللبن ، فلا صلة بينه وبين الولد ، إذ لم يتكون منه عظم ، ولالحمل (ب) وأن الله سبحانه وتعالى عندما أثبت التحريم الموجب للرضاعة أثبت

ما هو من قبل الأم ، ولم يذكر صلة الرجل ، فقد قال تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، ولم يذكر فروعا للرجل ، فكان ذلك التفريق في البيان مقررًا التفريق الطبيعى الذى قررناه .

(ح) وقد روى عن بعض الصحابة أنهم يرون أن الرضاعة لا توجب شيئاً من قبل الرجل .

وحجة الجمهور في إثبات التحريم :

(ا) حديث عائشة الذى سبق بيانه في أدلة التحريم بالرضاع ، وروى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاماً ، وهذه جارية ، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية ، فقال : « لا ، اللقاح واحد ، فكان بين الغلام والجارية علاقة أخوة بسبب هذا اللقاح » .

(ب) « وحديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، يدخل فيه الأب ، وكل من يتصل به ، لأنه أثبت أن المحرمات من الرضاع هن المحرمات من النسب جملة تفصيلاً . .

أما المسألة الثانية ، وهى إثبات المصاهرة المحرمة بالرضاع ، كما ثبت بالنسب فقد خالف فيها بعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وما ذكرناه هو رأى جمهور الفقهاء على العموم ، وقد روى ابن القيم فى زاد المعاد ، عن شيخه ابن تيمية أنه توقف ، وذكر حججه فى توقفه ، ومنها أن الآية الواردة فى التحريم بسبب الرضاعة ، والأحاديث المبينة لذلك ، لم تذكر المصاهرة قط ، والمعانى التى تكون فى النسب ، وثبت حرمة المصاهرة بسببها لا توجد فى الرضاع ، فلا يمكن أن يقاس التحريم فى المصاهرة بالرضاع على المصاهرة فى النسب ، إذ هناك فوارق عظيمة ، لطبيعة ما بين النسب والرضاع من تباين ، وأحكام الشرع تقرر هذا التباين . ثم قال ما نصه : « والعلاقة بين الناس بالنسب والصهر ، وهما سبب التحريم ، والرضاع فرع على النسب ، ولا تعقل المصاهرة إلا بين الإنسان . . . وإذا حرمت عليه أمه ، وبنته ، وأخته ،

وعتمته ، وخالته من الرضاعة ، لم يلزم أن تحرم عليه أم امرأته التي أرضعتها ، فإنه لا نسب بينه وبينها ولا مصاهرة ، ولا رضاع ، والرضاعة إذا جعلت كالنسب في حكم لا يلزم أن تكون مثله في كل حكم ، بل ما افتراقه من الأحكام أضعاف ما اجتماعه فيه ، فثبت أحكام النسب من وجه لا يستلزم ثبوتها من كل وجه ، وما يدل على ذلك قوله تعالى : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، ومعلوم أن لفظ الابن إذا أطلق لم يدخل فيه ابن الرضاع ، فكيف إذا قيد بكونه ابن الصلب وقصد إخراج ابن التبن بهذا لا يمنع إخراج ابن الرضاع (١) .

ومن هذا يتبين أن رأى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن لا مصاهرة بالرضاع توجب تحريماً ، لأن المصاهرة لا تكون إلا مع النسب ، ولأن التحريم بسبب المصاهرة ثبت من قرابة الرجل والمرأة ، حتى لا يكون ما يؤدي إلى قطع الرحم ، فتحريم قريبات المرأة من أصول وفروع ، حتى لا تقطع الرحم بينهن ، وتحريم الأقارب على زوجات أصولهم وفروعهم ، حتى لا تقطع الرحم بين الآباء والأبناء ، ولا رحم في الرضاعة يخشى عليها ، ولا نص ولا قياس يجعل أقارب المرأة رضاعاً كأقاربها نسباً ، وإذا كان الشأن كذلك فالحل هو الثابت بعموم قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

١٠٨ - مقدار الرضاعة المحرمة ووقتها : قال أبو حنيفة وأصحابه أن الرضاع المحرم ليس له قدر معلوم ، فكل مقدار يحرم قليلاً كان أو كثيراً ،

(١) يبدو لنا أن نظر ابن تيمية وتلميذه له وجهه إذا تلونا قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، وأمهات نسائكم ، وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ؛ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فترى أن الله سبحانه وتعالى ساق المحرمات بالنسب ؛ ثم ساق المحرمات بالرضاعة راجعاً بينهن وبين النسبيات ثم المحرمات بالمصاهرة ، ولم يهر بعداً للرضاعة ؛ والمصاهرة لا تصرف إلا إلى ما كان النسب سببها ، ولو كانت الرضاعة تثبت مصاهرة لمقب التحريم بالمصاهرة بها أو أشار إليها بعدها .

ولو كان مصّة أو مصتين لأن النصوص الواردة بالتحريم بسبب الرضاع لم تذكر مقداراً قليلاً أو كثيراً . فالآية « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم » تشمل القليل والكثير . وقوله ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يشمل أيضاً القليل والكثير . ويروى أنه قد جاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعت اثنين عقد عليهما ففرق النبي ﷺ بينهما من غير أن يسأل عن عدد الرضعات ولو كان التحريم منوطاً بعدد - ما فرق النبي بين عاقلين من غير أن يتحرّاه وأيضاً فإن التحريم كما في النصوص سببه مجرد الإرضاع ، فحيثما ثبت ذلك وجد الحكم ، والحكمة في التحريم بالإرضاع أن الرضيع يصير كالجزء ممن أرضعته ، إذ يدخل لبنها في تكوينه . وذلك يتم بالقليل والكثير .

١٠٩ - ومذهب الحنفية في هذا هو مذهب مالك والأوزاعي والثوري وحامد وطائفة كبيرة من التابعين والصحابه ، وقالت طائفة أخرى إن التحريم لا يثبت بأقل من ثلاث رضعات ، وقالت ثالثة : لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات ، وهو مذهب الشافعي ، وقيل لا يحرم أقل من سبع ، وقيل أقل من عشر .

وأساس هذا التقدير نصوص واردة فهموها ، فالذين قدروا ثلاث رضعات ، ساقوا أخباراً ، منها ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تحرم الإملاجة والإملاجتان ، وروى أن رجلاً سأل النبي ﷺ وقال : يا رسول الله هل تحرم الرضعة الواحدة ؟ قال : لا ، وإذا انتفى التحريم عن الرضعتين فقد استمر ثابتاً في الزائد ، فكان الحد الأدنى هو ثلاث رضعات ، فلا يحرم ما دونها .

والذين حدوا بالسبع ، وكذلك من حدوا بالعشر . تعلقوا بأخبار لم يثبت صحتها عند مخالفيهم ، أو تعيينها للسراد .

أما الذين حدوا العدد بالخمس ، وهم الشافعية ، والحنابلة في أرجح الأقوال عندهم ، فقد احتجوا : (أولاً) بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل عشر رضعات يحرم من حتى صرن إلى خمس ، وقد صححوه .

(ثانياً) وبأن علة التحريم كون الإرضاع منبئاً للحم ، ومنشراً للعظم ، وذلك لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل ، ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات .

وقد اختار ذلك الرأي ابن القيم في زاد المعاد ، ووصحه وفسر الرضعة ، فقال : « الرضعة فعلة من الرضاع ، فهي مرة منه .. فتى التغم الثدي فامتص منه ، ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة ، لأن الشرع ورد بذلك مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف هذا ، والقطع بعارض التنفس ، أو استراحة يسيرة ، أو لشيء يلبيه ، ثم يعود إليه عن قرب لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة ، كما أن الآكل إذا قطع أكلته بذلك ، ثم عاد من قريب لم يكن ذلك ، أكلتين ، بل أكلة واحدة » .

١١٠ - ووقت الرضاعة المحرمة هو الصغر عند جمهور الفقهاء ، وخالفهم في ذلك عدد قليل من الفقهاء ، وحجة الجمهور فيما ارتأوا : (أولاً) أنه ورد من الآثار الصحاح ما يفيد تعيين وقت الرضاع ، فقد ورد أن النبي ﷺ قال : « إنما الرضاعة من المجاعة ، أى أن الرضاع المحرم هو الذى يدفع إليه الجوع ، وهذا لا يكون إلا فى الصغر ، إذ ابن المرأة لا يكون غذاء نافعاً للجوع كافياً فى الجملة إلا فى الصغر ، وروى أنه قال : « الرضاع ما فتنق الأمعاء وذلك لا يكون إلا فى الصغر ، إذ أن أمعاء الكبير متفتقة لا تحتاج إلى لبن يفتحها ، وقد روى أن النبي ﷺ قال : « لا رضاع إلا ما كان فى الحولين » . (ثانياً) وأن لبنات اللحم ، وإنشاز العظم الذى يجعل الطفل جزءاً من أرضعته ، إنما يكون فى الصغر .

وقد حد أبو حنيفة مدة الرضاعة بسنتين ونصف ، أى بثلاثين شهراً ، وحد صاحبان والشافعى ومالك مدة الرضاع بحولين كاملين ، وذلك لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » ، وللحديث السابق .

واستبدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » فكانت هذه

أقل مدة يفصل بعدها الابن ، ويتدى يستقل بغذاء مستقل ليس من لبن أمه ، وليس المراد من الحمل ما يكون في البطن على اليقين ، بل يحتمل الحمل على النزاع والحجر ، وإذا كان كذلك فمدة الثلاثين شهراً بعد الولادة هي التي بعدها يكون الفطام ييقين من غير احتمال ، وإن اللفظ إذا كان يحتمل أن تكون مدة الثلاثين تشمل الحمل في البطن ، كما يحتمل أن يكون الحمل هو ما بعد الولادة فإن التحريم يحتاط له ، فيؤخذ بالاحتمال الذي يوسع مداه ، وخصوصاً أن الأصل الثابت في الرضاع هو التحريم غير المقيّد ، فلا يقيد إلا بأمر يقيني ، والحد بستين إنما هو لأخذ الأم بأجرة على الرضاع ، وبعدها إن أرضعت تكون متبرعة ، ولا يلزم الأب بأجرة ولكن لا يمنع ذلك من التحريم الذي يحتاط له ، وهو الأصل .

١١١ - هذان هما القولان المشهوران ، وهناك أقوال أخرى كثيرة ، منها قول زفر الذي يعتبر مدة التحريم سنة بعد الفطام في الحولين للاحتياط ، إذا الأساس هو الاستغناء عن اللبن ، ولا ينقلب مستغنياً بمجرد انتهاء الحولين أو الفطام فيهما ، بل لا بد من فترة ينتقل فيها من غذاء إلى غذاء ، وقدرها للاحتياط بسنة .

وقال الأوزاعي إن الصغر يحده الفطام التام ، من غير أمد معلوم ، لأنه الحد الفاصل بين الاستغناء وعدم الاستغناء ، فقد يجعل الفطام لذاته ، وقد يؤخر لضعفه ، ولكل طفل حال من النماء والضعف ويختلف به أمد الحاجة إلى لبن المرأة وكانت هذه الحالة في مناط الصغر .

١١٢ - هذا كلام الجمهور في الرضاعة المحرمة ومقدار مدتها ، وأقوال الزيدية في هذا لا تخرج عن أقوال الجمهور ، الإمامية فقد قالوا إن مقدار الرضاعة المحرمة تكون يوماً وليلة يقتصر فيها على الغذاء من الرضع ، أو خمس عشرة مرة لم يرضع بينها من أخرى أو يثبت أن الرضاعة أنبت اللحم وأنشزت العظم . ولا بد أن تكون الرضاعة في مدة الرضاعة وهي سنتان ،

وأولاد المرضعة ولادة يحرمون على كل من ترضعهم ، ولو كانوا من رجال مختلفين ، واللبن يختلف باختلاف أصله . أما الأولاد الرضاعيون فلا يحرمون إلا إذا كانوا جميعاً يرضعون من لبن سبيه رجل واحد ، فلو أرضعت طفلاً من لبن رجل ، وأرضعت أخرى من لبن رجل آخر فإنها تحل له عندهم .
١١٣ - حكمة التحريم بالرضاع : انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن بجعل الرضاع سبباً من أسباب التحريم ، وإن لذلك أسباباً قوية موجبة لهذا التحريم منها :

(أ) أن الموضع التي ترضع الولد ، إنما تغذوه بجزء من جسمها ، فتدخل أجزاؤها في تكوينه ، ويكون جزءاً منها ، وإن الحس ، والطب يثبتان ذلك ، فإن لبنها در من دمها ، ينبت لحم الطفل ، وينشئ عظمه ، وإذا كان دمها ملوثاً بمرض مستكن فيه سرت عدواه إلى الطفل ، وإن كانت نقية الدم سليمة قوية استفاد الطفل منها قوة ونماء .

وإذا كان الطفل جزءاً منها ، فهي كالأم النسبية ، بيد أن هذه غذته بدمها في بطنها ، وتلك غذته بدمها بعد وضعه ، فإذا كانت الأم النسبية محرمة على التأييد وبعض من يتصل بها محرمات عليه ، فكذلك الأم الرضاعية . هذا أمر يدهى مشتق من الحس وكلام أهل الخبرة .

(ب) وإن الموضع تندمج في الأسرة التي ترضع أحد أولادها ، فتكون من أحادها ، كما يكون الطفل في بيت مرضعته مندجاً في أسرتها ، فيكون ذلك التشابك الذي يجعل أسرته أسرتها ، وأسرتها أسرته أيضاً ، وإذا كانت العلاقة التي تكون من هذا النوع في النسب موجبة للتحريم في كثير من الأحوال ، فينبغي أن تكون كذلك الرضاعة في هذه الأحوال

(ح) وهناك فائدة للتحريم بالرضاعة قد ذكرها بعض كتاب الفريضة المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام في الرضاع ، وهي التشجيع على الإرضاع لإحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعهم ، فإن الموضع

إذا علمت أنها في الشريعة أم ، لها ما للأم من إجلال وتقديس ، ولذا تحرم على الولد ، كما تحرم عليه أمه ، فإنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة ، وقد يكثر بذلك النسل .

فقد قال في ذلك كاتب أوربي . « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة ، (وهي تقرير صلة بين الولد والمرضع) مما جاء على لسان نبيهم « تناكحوا تناسلوا تكثروا » ، فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الأسمى الذي هو الحياة الإنسانية... وهذا هو السر في أن الإسلام أعطى المرضع هذه المكانة ، لأنها جادت بلبنها ، فساهمت في تنفيذ الوصية الربانية... وهذا هو السر أيضاً في أن الإسلام رفع شأن الحامل... ولقد جعل الإسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، وإنما لمكانة سامية تجعلها في الأسرة في المكان التالي للأم ، .

المحرمات تحريماً مؤقتاً

١١٤ — ذكرنا أن المحرمات تحريماً مؤقتاً هن اللاتي كان سبب التحريم فيهن يقبل الزوال فيزول التحريم بزواله ، والتحريم على التآقيت يكون في سبع أحوال هي : (١) الجمع بين المحارم . (٢) المطلقة ثلاثاً على مطلقها ، حتى تزوج زوجاً غيره ، ويدخل بها ، ثم يطلقها وتنتهي عدتها . (٣) زواج خامسة ، وعنده أربع في عصمته ، ولو كان حكاماً (٤) تزوج الأمة ، وعنده حرة . (٥) زوجة غيره ، والمعتدة من غيره . (٦) والملاعنة بمن لاعنها . حتى يكذب نفسه (٧) من لا تدين بدين سماوى .

١١٥ — (١) الجمع بين محرمين : المراد من المحرمين كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت عليه الأخرى ، فلا يصح الجمع بين أختين ، ولا يصح الجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها . فإن أى واحدة منهما لم فرضت ذكراً كانت الأخرى حراماً ،

فإن فرضت البنت ذكراً حرمت عليه الخالة والعممة ، وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه الخالة العممة . وإن فرضت الأخرى ذكراً حرمت عليه ابنة أخيه وابنة أخته. وترى من هذا أن الشرط في تحقق المحرمية المانعة للجمع أن يكون في الإمكان فرض كل واحدة منهما ذكراً وألا تحل له عند هذا الفرض ، لذلك قال أبو حنيفة والصاحبان : لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها ، لعدم إمكان فرض زوجة الأب ذكراً لأنه في هذه الحال لا يمكن اعتبارها مع هذا الفرض زوجة أب ، ومثل ذلك لا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة ابنها ، لعدم إمكان فرض زوجة الابن ذكراً .

وخالف في هذا زفر ، واكتفى في تحقيق المحرمية بأنه إذا أمكن فرض كليهما ذكراً حرمت الأخرى ، ولا يشترط إمكان فرض كليهما ذكراً ولذلك قرر عدم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها لأن هذه المرأة لو فرضت ذكراً حرمت عليها زوجة الأب .

وإن كلام زفر فيه نظر ؛ لأن علة منع الجمع بين المحارم هو خشية القطيعة بينهم إذا كانت إحداهما ضرة ، وهذا المعنى لا يثبت بين المرأة وزوجة أبيها لأنه لا رحم بينهما يخشى قطعها ، وقد نقل جواز الجمع بينهما عن السلف الصالح ، وكما يحرم الجمع بين محرمين حال قيام الزوجية يحرم الجمع بينهما إذا كانت إحداهما معتدة ، فإذا طلق الرجل امرأته ، فليس له أن يتزوج عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها إلا بعد انتهاء العدة ، لبقاء بعض أحكام الزواج في العدة .

وقد ثبت تحريم الجمع بين محرمين بالكتاب والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى في آية المحرمات : « وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف »^(١) وهذه الآية تفيد بنصها حرمة الجمع بين الأختين ، وتفيد بمعناها

(١) معنى إلا ما قد سلف أن ما كان منكم في الجاهلية لم يدرکه الإسلام هو في موضع الغفر لا يحاسبكم الله تعالى عليه في الإسلام .

حرمة الجمع بين سائر المحارم ، وذلك لأنه إذا كان الجمع بين الأختين حراما خشية لمباحش قلبهما بالعداوة بينهما ، فأولى أن يحرم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها لأن كليهما بمنزلة الأم والرحم بينهما قرينة الصلة .

وأما الحديث فقوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا المرأة على ابنة أخيها ولا ابنة أختها ، وزاد في بعض الروايات إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم .

وعلى هذا النظر الزيدية فهم مع الجمهور ، والإمامية والخوارج لم يأخذوا بهذا الحديث ، ولذا يجوز الجمع عندهم ويقرر الإمامية أن العمة يجوز الجمع بينها وبين بنت أخيها إذا كان ذلك يأذن العمة . وكذا الجمع بين الخالة وبنت الأخت يأذن الخالة .

وقد انعقد إجماع العلماء على تحريم الجمع بين الأختين ، والجمع بين الباقيات من المحارم ، ولم يخالف في الأخير إلا من لا يؤيد لقوله ، وهم بعض الخوارج فقد جوزوا الجمع بين المحارم غير الأختين وقوفاً عند نص الآية وحدها . والمعنى في التحريم واضح : لأن الجمع عمل على قطع الأرحام التي أمر الله سبحانه وتعالى أن توصل ، وكف يتصور أن شريعة تعمل على ربط آحاد الأسرة بعرا المودة تميز لرجل أن يتزوج ابنة الأخ على عمتها ، فتكون ضرة لها وتثور نيران الغيرة التي تدفع إلى أشد الإيذاء بالكيده بالقول والفعل .

١١٦ - والجمع بين المحارم ممنوع ، سواء أكانت المحرمة سببها النسب ، أم كان سببها الرضاع عند جمهور الفقهاء وقد خالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فأجاز الجمع بين المحارم رضاعاً ، لعدم ورود نص بالتحريم ، ولأن النصوص الواردة في تحريم الجمع إنما هي فيما إذا كانت الصلات نسبية ، إذ ذلك هو المفهوم عند الإصلاقي ، ولأن المعنى الذي كان من أجله التحريم لا يتحقق في الرضاع . إذ المعنى الذي كان من أجله التحريم هو أن الجمع فيه قطع الأرحام . كما قال النبي ﷺ : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ،

ولا رحم يوجد الرضاع ، حتى تقطع ، بدليل أن الصلات الرضاعية لا توجب نفقة ، ولا ميراثاً ، ولا شيئاً غير التحريم ، فيقتصر على مورد النص ، وما في معناه .

وقد قررنا أن الجمع بين المحارم ممنوع في النكاح ، وفي العدة ، فإذا طلق شخص امرأة ، فلا يجوز أن يتزوج أختها حتى تنتهي عدتها ، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، ومذهب الشافعي فيه بعض التفصيل ، وذلك أنه إذا كانت العدة من طلاق رجعي ، فلا يصح الجمع فيها ، لأن النكاح قائم ، إذ له حق الرجعة في أي وقت ؛ وإذا كان الطلاق بائناً فإنه يجوز الجمع ، لأن عقد الزواج قد بت ولذا لا تحل له إلا عقد ومهر جديدين ، وعلى هذا لا يوجد الجمع المنهى عنه ، إذ الجمع يقتضي أن تكون كل واحدة منها ذات عقد قائم مع الرجل ، وهنا إحداهما قد انتهى عقدها ، وزال ملك كل منهما عن صاحبه .

وحجة الحنفية أن العقد في أثناء العدة باق حكماً ، إذ لها النفقة ؛ فإذا تزوج أختها فقد جمع بينهما ، ودخل في عموم النهي . وإن علة التحريم ، وهي خشية القطيعة ثابتة في حال العدة بمثل ثبوتها في حال النكاح أو أشد . إذ أن المسارعة بتزوج الأخت أو غيرها من المحارم في وقت حدة الفراق يكون أشد ألماً ، وهو يدل على تدبير سابق ، فيشئ جرحاً لا يندمل أبداً ، والجمع بين المحارم كما يمنع بالزواج يمنع بالوطء بملك اليمين .

١١٧ — وإذا تزوج امرأة ، وفي عصمته ذات رحم محرم لها ، فزواج الثانية غير صحيح ، ولو تزوج المحرمين معاً في صيغة واحدة لم يصح نكاحهما ، لأنه لا يمكن ترجيح عقد إحداهما بالصحة ، إذ لا سبق بينهما ، فيكون العقدان فاسدين . وتجب المتاركة ، وهذا إذا كان كلا العقدین مستوفياً لكل الشروط ماعدا هذا . أما إذا كان أحدهما فيه خلل من غير هذا الطريق ، فإن الآخر يكون الصحيح إذ وجد المرجح لأحدهما على الآخر .
(٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

وتجب المتاركة أى يتركها ويتركه إذا فسد العقدان، وإذا كانت المتاركة قبل الدخول فلا مهر ولا عدة لواحدة منهما . لأن النكاح غير الصحيح لا أثر له قبل الدخول ، فإن حصل دخول ، فالأثر الشرعى يثبت بالدخول مع وجود الشبهة ، وعلى ذلك إذا دخل بواحدة منهما ثبت لها العدة ، ووجب لها مهر المثل على ألا يزيد على المسمى ، لأن الدخول فى دار الإسلام لا يخلو من عقر أو عقر أى لا يخلو من مهر أو حد ، أى عقوبة الزنى ، وإن دخل بهما وجب لهما المهر أى يثبت لكل واحدة منهما مهر مثله لا يزيد على المسمى لها .

وإن تزوجهما فى عقدين ، ولا يدري أيتهما كانت الأولى حتى يصح نكاحها ويفسد نكاح الأخرى ، فإنه يفرق بينهما معاً ، لأن نكاح إحداهما فاسد يبين ولا يدري ، فيفرق بينهما وبينه ، للشبهة بالنسبة لكليهما ، وعدم حللها مجتمعين وإن دخل بهما وجب لكل واحدة مهر المثل لا يزيد عن المسمى ، وإن كانت الفرقة قبل الدخول ، وكلتاهما تدعى أن زواجهما الأول من غير حجة مثبتة يقضى لهما بنصف المهر، ويكون بينهما ، وعن أبى يوسف لا شيء لهما ، وإن كانت كلتاهما تقول لا أدري أينما أسبق ، فلا شيء لهما من المهر ، وإن كانت المتاركة قبل الدخول، لكون المدعية زواجاً صحيحاً مجهولة والحقيقة مجهولة .

١١٨ - (٢) المطلقة ثلاثاً حتى تتزوج غيره : أباح الإسلام

للرجل الطلاق فى دوائر عينها ، ومنها أنه أباحه له مرتين ، له أن يراجعها بعد كل واحدة منهما فى العدة ، وأن يعقد عليها إذا كانت العدة قد انتهت ولم يراجعها، فإن فعل فى أى الحالين، فرجع قبل انتهاء العدة أو عقد عقداً جديداً بعدها ، فعنى ذلك أنه قد ندم على الطلاق ، وأنه يرجو أن تحسن العشرة بينهما ، فإن طلقها بعد هاتين المرتين ، فعنى ذلك أن العشرة الزوجية بينهما لا يمكن أن تستقر ، وأن يضمن كل منهما مع صاحبه ، فكان حكم الشرع ألا

تعود إليه . ولكنها إذا تزوجت زوجاً آخر ، وعاشرتة مدة طالت أو قصرت ، ثم طلقها لأمر من الأمور التي تعرض ، فتمنع استمرار الحياة الزوجية هادئة مطمئنة ، أو مات عنها وانتهت عدتها ، ففي هذه الحال تحل لمطلقها الأول ، إن طلبها ؛ لأنه عسى أن يكون الانقطاع لغير أوبة أثر في نفسه فيهدبها ، إن كانت الإساءة من جانبه . وعسى أن عشتها لغيره جعلتها نعرف قيمة الحياة الزوجية معه ، فتحسن معاملته إن كانت الإساءة من جانبها . وفي الجملة يرجى لهذه الحياة الجديدة شيء من القرار والاطمئنان بعد الاضطراب فيما قبلها ؛ ولذلك قال الله سبحانه وتعالى بعد بيان جواز الرجوع بعد الطلاق في المرتين الأوليين : « فإن طلقها ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، ولا يكفي النكاح والطلاق كما قررنا . بل لا بد من الدخول ، وأن يكون النكاح غير مؤقت ، وأن تنتهي العدة بعد الدخول ، ولقد قال النبي ﷺ لمن أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثاً بعد أن تزوجها آخر ، وطلقها قبل الدخول : « لا حتى تذوق عسيلته ، ويذوق عسيلتك » ، وهذا مذهب الجمهور ، ويذكر نفر الدين الرازي أنه خالف في ذلك سعيد ابن المسيب ، وسعيد بن جبير ، ولم يشترطا الدخول .

١١٩ — (٣) زواج خامسة وفي عصمته أربع : إذا كان الرجل متزوجاً أربعاً من النساء ، فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يفترق عن إحداهن ، وتنتهي عدتها فلا يجمع بين خمس أو أكثر من النكاح ؛ لأن الإسلام لم يبيح الجمع بين أكثر من أربع ، والجمع في العدة كالجمع في النكاح ؛ لأن العدة توجب قيام حكم الفراش ، وإذا كان الفراش قائماً ، فالنكاح قائم حكماً ، وعلى ذلك إذا تزوج خامسة ، وبعض الأربع أو كلهن في العدة ، فقد جمع في عصمته حكماً خمساً ، وذلك لا يجوز .

وقد خالف الشافعي في العدة من طلاق بائن ، فأجاز تزوج خامسة إذا

كانت إحدى الأربع تعتمد من طلاق بائن . كما أجاز الجمع بين المحارم في عدة البائن : لأنه يعتبر النكاح قد بت . وانتهى بالطلاق البائن . ولو كانت لاتزال في العدة .

ولكن رأى الجمهور هو ماقررناه من عدم الجمع نكاحاً وعدة .
١٢٠ - وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأى جمهور الفقهاء . ولم يخالفهم إلا من لا يعتد بخلافه عند جماعة المسلمين .

وقد خرج أولئك الشذاذ بثلاثة أقوال :

أولها - أن بعضهم ادعى أن الإسلام يبيح التعدد إلى عدد غير محدود ، وزعموا أن قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » لا يفيد التقييد بعدد محدود ، بل هي تفيد الإباحة المطلقة في العدد ، وأن مثنى وثلاث ورباع ليست لتعيين العدد ، بل هي كما يقول شخص لشخص افعل ما شئت اذهب إلى السوق ، أو الحديقة ، أو اشرب الكأس واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً - وقد حكى هذا القول نضر الدين الرازى في تفسيره الكبير ، وسمى من قالوه « قوما سدى » أى ضائعين في تفكيرهم .

ثانيهما - قول بعض الشيعة : « إن الحل محدود بتسع » ، وقد زعموا أن قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » يفيد ذلك ، إذ الواو تفيد الجمع ، وبمجموع هذه الأعداد تسع ، وزكوا ذلك الفهم بأمر النبي ﷺ جمع بين تسع ، وقد نفي صاحب الروض النضير نسبة هذا القول إلى الشيعة .

ثالثها - قول بعض أهل الظاهر إن العدد الذى يباح هو ثمانى عشرة ، وقالوا إن معنى « مثنى وثلاث ورباع » اثنان اثنان وثلاث ثلاث ، وأربع وأربع ، وزعموا أن الواو للجمع ، فيكون المجموع ثمانى عشرة .

ولقد وصف القرطبي هذه الأقوال كلها بقوله : « وهذا كله جهل باللسان والسنة ، ومخالفة لإجماع الأئمة » ، وحجة الجمهور في أن الآية تفيد التقييد بأربع .

(١) أن مثنى وثلاث ورباع معدولة عن اثنين وثلاث وأربع . وهذا اللفظ يكون للتكرار فعنى جاءت الخيل مثنى جاءوا جماعات اثنين اثنين ، وجاءوا ثلاث أى جاءوا جماعات ثلاثاً ، ثلاثاً - فعنى الآية أن لجماعة العاقلين من الأمة أن يتزوجوا معددين جامعين اثنين ، أو جامعين ثلاثاً ، أو جامعين أربعاً ، ولم تزد الإباحة على ذلك ، فاقترنت على أربع .

(٢) ولأن العطف على نية تكرار العامل فعنى الآية انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا ثلاثاً ثلاثاً ، وانكحوا أربعاً أربعاً الخ. فالمراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد .

١٢١ — ولقد قيد التعدد فى الآية الكريمة بقيدى آخرين مع عدم مجاوزته أربعاً : (احدهما) العدالة بين الزوجين ، فقد قال الله تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، وقد تضافت أقوال المفسرين للآية على أن إباحة التعدد مقيد بالعدالة ، وقد قال فى ذلك أبو بكر الرازى المشهور بالخصاص فى كتابه أحكام القرآن : « أمر الله تعالى بالاعتصار على واحدة إذا خاف إظهار الجور ومجانبة العدل إنها إباحة للاثنتين إذا شاء ، وللثلاث إن شاء ، وللأربع إن شاء ... فإن خاف ألا يعدل اقتصر من الأربع على الثلاث ، فإن خاف ألا يعدل اقتصر على اثنين ، فإن خاف ألا يعدل بينهما اقتصر على واحدة ، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر ، وهو القسم بين الزوجين ، والمساواة فى الإنفاق ، والمساواة فى المعاملة الظاهرة ، وليس هو العدل فى المحبة الباطنة ، فإن ذلك لا يستطيعه أحد ، ولا يكلف الله إلا ما يكون فى الوسع « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، وكان النبي ﷺ لا يسوى بين أزواجه فى المحبة القلبية ، ولذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه : « اللهم إن هذا قسمى فيما أملك ، فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

« ولو كانت المحبة القلبية هى المطلوبة لكان محمد ﷺ غير عادل بين أزواجه وهذا غير معقول ولا مقبول .

وبهذا يوفق بين العدل المطلوب في هذه الآية ، والعدل المنفي في قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » فإن العدل المنفي هناك هو العدل القلبي ، ولذلك لم يطلبه سبحانه وتعالى ، ودل على أنه لم يطلبه بقوله تعالى « ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل » فهو أجاز ألا يكون ، ولكن طلب أن يحرص ولا يفرط ، وبذلك تتلاقى الآيتان ؛ لأن العدل في الآية التي ظلمته غيره في الآية نفته ، وأكدت نفيه .

الشرط الثاني من الشروط التي قيد الله سبحانه وتعالى لإباحة التعدد هو القدرة على الإنفاق على العدد من أزواجه مع القيام بالواجبات الواجبة عليه في أسرته ، كالإنفاق على من تجب عليه نفقته من ذوى رحمه ، وهذا الشرط فهم من تذييل الآية بقوله تعالى : « ذلك أدنى ألا تعولوا » وقد فسر الشافعي رضي الله عنه كلمة « ألا تعولوا » ألا تكثروا عيالكُم ، وحكى عن الكسائي أنه قال : « اعرب تقول عال يعول ، وأعال يعيل ، أى كثر عياله » ويؤيد هذا المعنى قراءة طلحة « ألا تعيلوا » وإذا كان ذلك هو المعنى ، فقد تبين أن إباحة التعدد مقيدة ألا يكون في التعدد مظنة الإكثار من العيال من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق عليهم والقيام بواجبهم .

١٣٢ ولقد اتفق الفقهاء والمفسرون على أن هذين الشرطين لا بد من توافرهما لكل من يبغي أن يتزوج ، وعنده زوجة ، بل لقد اتفق الفقهاء على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه ولو كان الزواج الأول أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه يكون حراماً كما قررنا ، ولكن لما تم الزواج مع عدم تحقق هذين الشرطين يكون الزواج صحيحاً ؟ لقد اتفق الفقهاء على أن هذين الشرطين ليسا من شروط الصحة ، ولذلك يصح الزواج مع عدم توافر الشرطين ويكون الشخص آثماً بحاسبه الله سبحانه وتعالى على الجور ، وعدم القيام بتكاليف الزواج .

ولأننا لم يحكموا بفساد العقد مع تأكيدهم وقوع العاقد في الإثم (١) لأن فساد العقود وصحتها يناهضان بأمور واقعة لا بأمور متوقعة ، ولو حكمتنا بفساد العقد لخشية الظلم أو لخوف الإعيال لحكمتنا بفساد العقد لأمر متوقع قد يقع . وربما لا يقع .

(٢) ولأن خوف الظلم أمر نفسى . وأحكام العقود بالصحة والفساد لا يصح أن ترتبط بأمور نفسية خفية لا تجرى عليها أحكام القضاء ، والقدرة على الإنفاق أمر يتصل بالرزق ، والرزق عند علام العيوب . فليس لأحد أن يجئ إلى عاقلين علم كل منهما أمر صاحبه ، وقدرته ، وقد رضا بالزواج فيقول لهما : لا تزوجا أو الزواج بينكما غير صحيح ؛ لأنه في المستقبل لا يستطيع الإنفاق عليها مع أن المال غاد ورائح ، ويطرح تقدير الزوجين ، ورضاها رضا صحيحاً .

١٣٣ - هذا هو مسلك الشريعة بالنسبة للتعدد ، وهى وسط بالنسبة للشرائع ، فمنها ما أباح التعدد من غير قيد في العدد ، ولا قيد في الزواج ، ومنها ما منع التعدد منعاً مطلقاً ، وكانت الشريعة الإسلامية بين ذلك قواماً . (١) ولا شك أن ذلك المسلك هو مسلك الشريعة التى تخاطب كل الأجناس وكل الأجيال ، فهى تخاطب أهل أوروبا ، وأهل المناطق الحارة ، وتخاطب المعتدل المزاج ، المعتدل فى شهواته ، وتخاطب الحاد المفرط فى شهواته ولذلك وجب أن يكون فيها من السعة والمرونة ما يرضى المعتدل ، وما يهذب المفرط ، من غير أن يضيق القيد ، فينخلع من الرقة ، إنه ولا ريب الاقتصاد على واحدة هو الزواج الأمثل فى الجملة ، وهو البعيد عن نطاق الظلم ، ولكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال ، فهل الناس جميعاً على هذا الطراز ؛ وإننا لو غلقنا على ذى الشهوات الحادة باب الزواج . لفتح لنفسه باب الفساد ، فهتك الستور . ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم . ولو خيرنا بين زواج معيب . والزنى لاخترنا الأول . إن كنا نسير على هدى العقل ونوره .

(ب) وقد يكون التعدد علاجاً اجتماعياً لنقص يعرض للأمة في رجالها ، فقد يقل عدد الرجال الصالحين للأنسال في بعض الأمم بسبب الحروب ، ولقد ذكر بعض الثقات العالمين بالإحصاء أنه بعد الحرب العالمية الأولى وجد في بعض الأمم الأوربية أن الرجال الصالحين للزواج قل عددهم ، حتى صار يقابل كل رجل قادر في التعداد ثلاث نساء صالحات للزواج ، ففي هذه الحال يكون التعدد مطلوباً ، لصون المرأة من الدنس ، وليكثر النسل ، وتنمو الأمة ، وتعوض ما فقدت .

(ج) وليس التعدد شراً على المرأة دائماً ، فقد تكون المرأة في حال تستوجب أن يتزوج بأخرى لمرضها ، أو عقمها فيكون الزوج بين أمرين ، الفراق أو الزواج ، والثاني بلا شك فيه مصلحتها فوق ما فيه من عدالة في ذاته .

١٢٤ — لقد سار المسلمون من أقدم عصورهم على نظام يستريحون فيه التعدد ، كما أباحته الشريعة ، ولم يجدوا في ذلك حرجاً ، ولم يكن منهم في الجملة ظلم ، ولما غزت مصر والشرق الأفكار الأوروبية ، وهي لا تفهم التعدد في الزواج ، وإن فتحت الباب على مصراعيه لغير الزواج ، وجد من الشرقيين من اعتقد أن في إطلاق التعدد ظلماً للمرأة ، وهضمها لحقوقها . ثم التفتوا إلى الآية الكريمة التي تبيح التعدد ، فوجدوها تقييد الإباحة بقيدتين . كما بينا - فدعوا إلى التقييد الذي يشبه المنع ، ونادى بالتفكير في ذلك الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده في دروسه وبعض تقاريراته ، واستفاض بالحديث فيها في مجالسه ، حتى أثمرت كلماته في بعض تلاميذه وآتت الدعوة أكلها ، فوجدت بعد نحو عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزواج قضائياً ، بالقيدين السابقين ، وهو العدل والقدرة على الإنفاق وكان ذلك في اللجنة التي ألفت في أكتوبر سنة ١٩٢٦ إذ كان المشروع الذي قدمته مشتملاً على ذلك كما بنينا في مقدمة الكتاب ، ولكن بعد الفحص والتجسس

والمجاوبات المختلفة بين رجال الفقه ورجال الشورى ، رأى أولياء الأمر العدول عن ذلك ، وجاء المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خالياً منه وقد ذكرنا خلاصته في مقدمة كلامنا .

وفي سنة ١٩٤٣ همت وزارة الشؤون الاجتماعية المصرية أن تنشر المقبور ، لأن وزيرها إذ ذاك ظن أنه يصلح للحياة ، ولكن عدل وشيكا عما هم به ، فكان له بذلك فضل .

ولقد جاء من بعد ذلك وزير آخر ، وجعل من أعظم ما يعنى به هذه المسألة ، فأعاد نشر ذلك الدفين ، وهم بأن يقدمه لدار النيابة ليأخذ سيره ، ولكنه بعد أن خطا بعض الخطوات ونبه إلى ما فيه من خطر اجتماعي (١) أعاده مشكوراً إلى حيث كان .

١٢٥ - إن هذا التفكير الذى ساقه الأستاذ الشيخ محمد عبده فى درسه وتقريراته ومجالسه ، والذى صار مشروعاً من بعد ، وتناولته الأقلام والوزراء - أساسه جعل القيدى المذكورى فى الآية الكريمة يخرجان عن التكليفات الدينية التى تكون بين العبد وربّه إلى التطبيق القضائى ، فيمنع القاضى توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكد عدالته ، وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده ، وسائر من تجب عليه نفقته .

وهنا نقرر أن الآية ليس فيها ما يمنع ولى الأمر أن يجعل هذين القيدى فى موضع التطبيق ، وليس فى الكتاب ما يحرم على ولى الأمر فى مصر أن يسلك هذا المسلك ، ولكن أمامه إجماع المسلمين من لدن عصر النبى ﷺ وعصر الصحابة إلى عصر الأستاذ الشيخ محمد عبده وما علمنا أن النبى ﷺ منع زواج أحد ، لعدم قدرته على الإنفاق ، أو لعدم إثباته العدالة ، ولم

(١) قد كتبنا فى هذا بحثاً ناقشنا فيه المفروع . وكان يفيد التعدد والطلاق . ونشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى العددى الأول والثانى للسنة الخامسة عشرة .

نعرف أحداً من الصحابة أمر أن يتحرى هذا التحرى عند التعدد ، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة ، والقدرة المطلقة في عهدهم ، فإن الناس في كل عصر ، فيهم البر والفاجر والعاجز والقادر .

وإن اجتزنا هذا الحاجز الحصين ، واتجهنا إلى المشروع في ذاته من حيث صلاحيته ، فهل نجد فيه صلاحية ، وهل يجد الطريق معبداً لتطبيقه ؟

إن الطريق ليس بمعبود ، إذ كيف يعرف القاضى أنه سيعبد ولا يظلم ، وهذه حال لا تعرف لأشد الناس صلة بالزوج فضلاً عن القضاء الذى يوجب عمله ألا يتصل بالخصوم اتصالاً شخصياً ؟ أسأل الشهود ، وأكثرتهم يصطنع الكذب ، أم يعتمد على الشهادات الرسمية^{١١} . ثم القدرة على الإنفاق مأمنا عليها ؟ أحال الزوجة الجديدة أم حاله هو ، وإذا اعتبرت حاله ، ورضى بأن يضيق قليلاً بعد سعة في سبيل ذلك الزواج الجديد وهى في جملتها تكفل العيش الضرورى . أيسوغ للقاضى أن يمنعه بحجة أنه يجب أن يعيش في رفاهية ، ويحرم من حلال .

ثم إن هذا يكون تدخلا في حرية التعاقد لا يتفق مع المقرر الآن في القوانين الحديثة ، فهل يوجد ما يسوغه ؟ لقد ذكروا بواعث له . فذكروا أن التشرذم ينتج من تعدد الزوجات مع الفقر ، وقد بين الإحصاء أن تعدد الزوجات ليس هو السبب في كثرة المتشردين فكذب الدعاة تكذيباً قاضياً لا مجال للريب فيه . وإن شهادة الأرقام أصدت شهادة .

وإن الباعث الذى يجرى على الألسنة من قديم الزمان هو المساواة بين الرجل والمرأة ، وقد قلنا في رد ذلك : إن الحقوق والواجبات في المسائل الاجتماعية ليس أساسها التساوى المطلق . كالمعادلات الهندسية الجبرية . بل أساسها الميزان الاجتماعى . فهو الذى يعطى الحقوق والواجبات . ويوزعها على الرجل والمرأة بالشكل الذى ينتظم به الاجتماع ، وقد يكون التعدد

واجباً اجتماعياً إذا نقص العدد في الرجال بالحروب ، (١)

وهب الباحث كان محققاً ، فهل النتائج حسنة ؟ إن الأمور الاجتماعية لا تقاس ببواعثها ، بل تقاس بنتائجها ، فقد يكون الماعث زهواً ، والنتيجة ضرراً ، فيوازن بينهما ، وإن منع التعدد مع إحجام الناس عن الزواج الآن يضر النسل في الأمة ، ونحن في زمن تكاثر الأمم غيرها بعددها ، لأنه قوام عتادها .

ولو أخذ بالمشروع فنحن القاضي اثنين استهوى كلاهما صاحبه - من الزواج . فهل تنقطع العلاقة !! إن كلمة الشيطان تحمل كلمة الله التي منعها القاضي بأمر المشروع ، فيكون الفساد . ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم ، وما عاد الرجل إلى زوجته الأولى ، ولا عادت المرأة إلى أسرتها .

وأخيراً إن الاجتماع في مصر ما زال يفرض لإباحة التعدد ، ما دامت الشهوات مستحكمة ، وما دام الشعب لم يتعلم ، وما دام الرجال يترددون بين حلال معيب ، وحرام لاشك فيه ، والحلال المعيب هو الزواج مع التعدد . علموا الشعب ، وارفعوا مستوى حياته ، فلا يكون بعد ذلك تعدد ، (٢) .

١٢٦م - (٤) زواج الأمة وعنده حرة : من عنده حرة لا يجوز أن يزوج أمة ، حتى تطلق الحرة ، وتنتهي عدتها ، وذلك لأن الزواج من الإماء ثبت لمن لا يستطيع الحرة ، لقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » ، ولا يعد عاجزا عن الحرة من كان متزوجا منها فعلا ، فلا ضرورة لزواج الأمة ،

(١) راجع البحث المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة عشرة ص ١٥٨ .

(٢) البحث المذكور .

ولأن في إدخال الأمة على الحرية إجحاشاً لها وإيذاء لعزتها ، ولا يجوز ذلك ، ويمنع .

ولقد أخذ الشافعي بنص الآية ، فلم يحز الزواج من الأمة إلا إذا كان عاجزاً عن مثونة الحرية . والحنفية لعدم وجود مقياس ضابط للقدرة جعلوا المانع أن يكون في عصمته حرة فعلاً .

ولا شك أنه لا رق بحكم الإسلام الآن في مصر ولا البلاد العربية ، فليس لهذه المسألة موضوع ، ولكن ذكرناها تكميلاً للبحث ، ونكتفي في بيانها بذلك القدر .

١٢٧ - (٥) زوجة الغير ومعتدة : يحرم على الرجل زوجة غيره ومعتدة ، سواء أكانت معتدة من طلاق أم من وفاة ، وذلك لحق غيره ، ولكيلا تختلط الأنساب ، وقد ثبت ذلك بالقرآن الكريم ، فقد قال تعالى في آيات التحريم : « والمحصنات من النساء ، والمراد بالمحصنات هنا ذوات الأزواج ، وثبت تحريم المعتدات من طلاق بقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء (١) » . وثبت تحريم المعتدات من وفاة بقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » .

والحكمة في تحريم معتدة غيره هو أن الزواج ما زال قائماً ، حتى غيره بها ما زال باقياً ببقاء آثاره ، وخشية اختلاط الأنساب منع ذلك وإن هذا لا يثبت إذا كانت المعتدة معتدة منه هو ولو كان الطلاق بائناً ، وعلى ذلك فإنها تحل له من غير عقد ومهر ، إذا كان الطلاق رجعيّاً ، ولا تعود إلا بعقد

(١) القروء هي الحيضات عند أي حنيفة وأصحابه ، وهي الإطهار التي تكون بين الحيضات على مذهب الشافعي .

ومهر جديدين إذا كان بائنا يبنونة صغرى . أما إذا كانت البينونة كبرى
وهى ما إذا كان الطلاق هو المكمل للثلاث ، فإنها لا تحل له إلا بعد أن
تزوج زوجاً غيره على ما علمت (١) .

١٢٨ — (٦) الملاعنة حتى يكذب نفسه : من المقرر أن من يرمى امرأة
بالزنى من غير إثبات كامل ، أى أربعة شهود عدول يقام عليه حد القذف ،
وهو ثمانون جلدة ، ولا تقبل له شهادة أبداً ؛ لقوله تعالى : والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم
شهادة أبداً .

(١) هذا إذا كانت العدة من عقد ، وإذا كان هناك وطء من غير عقد صحيح ، فإن
كانت هناك شبهة تمحو وصف الجريمة ، فإن العدة شئت ، وتمكول كمدة الطلاق في النكاح
الصحيح ، ولا يحل لأحد أن يتزوج بالمعتدة حتى تنتهى العدة ، وإذا كان الوطء زنى
فإنه لا عدة منه ، لأن الزنى لا يثبت حقاً من الحقوق ، ولكن هناك أمران : (أحدهما) أن
بعض الفقهاء لا يجيز الزواج من الزانية حتى تتوب ، فعند هؤلاء لا يباح الزواج منها إلا من
زنى بها (والأمر الثانى) أنه قد ورد النهى بالآثار عن سقى الإنسان زرع غيره ، أى عن
وطء الزانية . وعلى ذلك فقد اتفق الفقهاء الذين أجازوا زواج الزانية على جواز زواجها
من زنى بها . ووطئها لأن الحمل منه إن كانت حاملاً منه . أما إذا كان يريد زواجها
غير من زنى بها وهى غير حامل ، فإنه يجوز عقد الزواج عليها عند هؤلاء الفقهاء ، والدخول
بها ، ولكن كره محمد الدخول قبل استبراء رجها ، بلواز أن تكون حاملاً . أما إذا كانت
حاملًا وثبت حملها فقد قال أبو حنيفة والشافعى ومحمد إنه يجوز العقد عليها ، ولكن لا يدخل
بها إلا بعد الوضع ، وجواز العقد لأنها حلال ولا بأس ولا قياس على من يمنع الحمل ويثبت
التعريم ، وأما عدم الدخول بها فلما رواه الترمذى أن رسول الله (ص) قال : « لا يحل
لامرئى يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف ومالك وأحمد في رواية عنه وزفر لا يصح العقد على الزانية الحامل ،
لحق الحمل لأذ لا جناحة منه ، ولأنه بالاتفاق لا يحل الدخول بها . والدخول حكم ملازم للعقد ،
فإذا منع الدخول منع العقد ؛ إذ منع اللازم منع للملزوم ، فلا يحل الزواج حتى تضع .
وإذا تزوج رجل امرأة وثبت أنها كانت حاملاً وقت العقد بأن أمت بالولد بأقل من
سنة أشهر فإن العقد يكون فاسداً ، لفرض أن الحمل من غير زنى ، لاذ يعمل حال المؤمن
على الإصلاح (راجع الزيمى) .

ولكن إذا طبق ذلك على من يرمى زوجته يكون في ذلك حرج شديد ؛
وخصوصاً أن مظنة الصدق قائمة ؛ إذ لا يمكن أن يرميها من غير شبهة قوية
دفعته ، حتى أنه ليروى ابن مسعود أن أنصارياً دخل على النبي ﷺ فقال
يا رسول الله أرايتم الرجل يحد مع أهله رجلاً ، فإن قتله قتلتموه ، وإن
تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح .

ولهذا الحرج الذي صورته تلك الكلمات القوية التي جاءت على لسان ذلك
الأنصاري . كان حكم من يرمى زوجته بالزنى هو اللعان واللعان أن يقسم الرجل
أربع مرات بالله إنه صادق ؛ والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين
وتقسم هي أربع مرات إنه من الكاذبين ، والخامسة أن عليها غضب الله إن
كان من الصادقين ، وقد بينت الآية الكريمة في سورة النور حقيقته ، فقد
قال تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم ،
ففسادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله
عليه إن كان من الكاذبين ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله
إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »

فإذا حلف الرجل وحلفت المرأة ، فقد تم اللعان ، ومن آثاره أن ينتفى
نسب ولده ، إن كان موضوع الرمي بالزنى في نفي الولد ، وأن يفرق بين
الزوجين ، فلا يتعاشرا ، ولا يحل له أن يعقد عليها أبداً إلا إذا كذب
نفسه ، فإذا فعل أقيم عليه حد القذف ، وعاد الحل ، فيجوز أن يعقد عليها
من جديد .

والسبب في ذلك التفريق ، وتحريم الزواج أن الثقة بينهما قد فقدت ،
ولا يمكن أن يقوم زواج ليس أساسه الثقة ، واطمئنان الرجل إلى أهله في
المحافظة على عرضها وعرضه ، فإن كذب نفسه عادت الثقة فيجوز العقد ،
وأبو يوسف منع الزواج في هذه الحال أيضاً .

من لا تدين بدين سماوى وحل الكتابيات

١٢٩ - اتفق الفقهاء على أن المسلم لا يجوز له أن يتزوج من لا تدين بدين سماوى ، ويقصدون بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل نبي زمن نشأته ، وله نبي مبعوث ذكر في القرآن الكريم ، فكل من تكون غير متدينة بدين سماوى بهذا المعنى لا يحل الزواج منها ، وتعتبر كالمشركة لا يجوز للمسلم العقد عليها وتكون داخلة في عموم النهى في قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ، أولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه ، ويعتقضى هذا لا يحل لمسلم أن يتزوج وثنية ، أو بوذية أو برهمية ، . . لأن كل أولئك لم يكن لهم كتاب منزل معروف ، ولم يعرف لهم نبي مبعوث ذكره القرآن ولو كانوا قد حرفوا الكلم من بعده عن مواضعه وإن الآية الكريمة تشير إلى الحكمة في تحريم الزواج من هؤلاء ؛ إذ يدعون إلى النار ، أى أن المرأة تستهوى الرجل بحسنها ، ورفق طباعا ، وحسن تدبيرها ، فيستحسن ما تستحسن ، ويستهن ما تستهن ، فلا يستنكر أوئانها ، أو لا يستهنها ، وأول الشر استحسانه ، وإن ذلك إن لم يقده إلى دينها ، يضعف الإحساس بدينه في نفسه ، فيستهين بالفرائض ، وإن نابذ دينها كل المنابذة ، وأبدى استنكاره كانت الجفوة التى لا يكون معها التقاء تكون معه عشرة زوجية صحيحة .

هذا وإن التنافر بين الإسلام والأديان الوثنية شديد لا يمكن أن تكون معه فى الأحوال العامة عشرة متلائمة متفقة ، وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب إلى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات ، والثانية تعبد

هذه البقرة أو على الأقل تقدسها، إنه لا يمكن أن تكون عشرة إلا إذا كان ثمة استهواء شديد يفسد دينه، فيكون التحريم من ها هنا .

وفي كلتا الحالين يكون الأولاد في نشأة تفسد دينهم، وحقاً : « أولئك يدعون الى النار » .

١٣٠ — وقد قال جمهور الفقهاء (١) إنه يحل للمؤمن أن يتزوج الكتابية فيجوز أن يتزوج اليهودية والنصرانية، وذلك لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » . وهذا نص صريح محكم في حل نساء أهل الكتاب ، إذ هذه الآية من آخر آى القرآن نزولاً ، أو في آخر السور نزولاً على الأقل . ولأن الصحابة قد أجمعوا — إلا عبد الله بن عمر — على أن زواج الكتابيات يجوز ، ولقد روى أن بعضهم تزوج كتابيات فعلاً ، كطلحة بن عبيد الله .

ويجب أن نقرر هنا أن الأولى للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة لتقام الألفة من كل وجه ، ولقد كان عمر رضى الله عنه ينهى عن الزواج من الكتابيات إلا لغرض سام كارتباط سياسى يقصد به جمع القلوب وتأليفها أو نحو ذلك . وإنما فرق الشارع الإسلامى بين الوثنية والكتابية لأن الوثنية كما قلنا لا تلتقى في جملة مبادئها الخلقية مع المسلم ، بل دينها منافر كل المنافرة لدينه فإما أن تستهويه فتضعف دينه ، وتفسد نسله ، وإما أن تكون المنافرة ، فلا تكون عشرة . أما الكتابية فإنها في لب الفضائل الاجتماعية تلتقى مع المسلم ، إذ أصول الأديان السماوية في أصلها واحد ، فدوام العشرة معتدلة من غير استهواء يمكن . على أن الأولى كما قلنا ألا يتزوج المسلم غير مسلمة .

(١) بعض قليل من الصحابة ، وبعض من الفقهاء لم يحلوا زواج المسلم بالكتابية وأكثر الشيعة على ذلك .

هذا ومن المقرر أن المرتدة عن الإسلام لا تعتبر ذات دين ، ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابي ، ولذلك لا يحل للمسلم أن يتزوج مرتدة ، كما لا تزوج المسلمة مرتداً ، بل إن المسلم إن ارتدت زوجته فسخ النكاح وأنهى وذلك لأن الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل ، وللرأة الحبس ، ويعتبر من ارتد في حكم الميت ، وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه ، فإنه لا يحل زواج المرتدة من مسلم ولا غير مسلم قط .

١٣١ — ولقد اتفق على أن عبدة الأوثان مشركون لا تنكح نساؤهم ، وعلى أن اليهود والنصارى كتابيون تنكح نساؤهم ، واختلف في بعض الطوائف القديمة التي لا يزال بعضها قائماً إلى الآن ، أعتبر كتابية فتحل نساؤها للمسلم أم مشركة فلا تحل . ومن هؤلاء الصابئة ، وهؤلاء من سكان العراق في القديم ، وبقيت منهم بقية في الإسلام ، وقد أعلنوا أنفسهم طائفة من النصارى ، ولكنهم كانوا يقدسون الكواكب ، وهم في عامة أحوالهم أكرم الناس لاعتقادهم وطقوسهم الدينية ، وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي بشأنهم ، فقال أبو حنيفة إنهم من أهل الكتاب فتحل نساؤهم ، ويظهر أنه نظر إلى ظاهر حالهم ، واعتبرهم فرقة من النصارى ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تحل نساؤهم ، لأنهم ليسوا نصارى ، وليسوا أهل كتاب لأنهم يعبدون الكواكب ، وليس الاختلاف كما ترى اختلاف رأى ، بل هو اختلاف في حقيقة أمرهم ، والواقع أنهم يكتمون دينهم ، ولا يزال الناس مختلفين في حقيقة دينهم إلى اليوم ؛ ومن بقى منهم لا نعرف حاله ، وقد قال الجصاص في أصلهم :

« وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها ، واتخاذها آلهة ، فهم من عبدة الأوثان في الأصل . إلا أنهم منذ ظهر الفرس على إقليم العراق ، وأزالوا مملكة الصابئين لم يحسروا على عبادة الأوثان ظاهراً ، (١٠ — انبرات في الزواج)

لأنهم منعوهم من ذلك وكذلك كان أهل الشام والجزيرة صابئين ، فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية ، فبطلت عبادتهم الأوثان من ذلك الوقت ، ودخلوا في غمار النصرى في الظاهر ، وبقى كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان ، فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصرى ؛ إذ كانوا مستخفين بعبادة الأوثان ، كاتمين لأصل الاعتقاد ، وهم أكنم الناس لاعتقادهم - وعنه أخذت الإسماعيلية كتمان المذهب ، .

وإذا كانوا يكتُمون عقائدهم على ذلك النحو ، فقد جرى الخلاف في حقيقتهم واختلف الحكم بسبب ذلك الاختلاف ، وإني أميل إلى رأى الصاحبين للذين منعا صحة الزواج من نساءهم .

١٣٢- ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للسلسلة أن تزوج غير مسلم سواء أكان مشركاً أم كان كتابياً ، وقد ثبت ذلك التحريم بنص القرآن ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، فامتحنوهن ، الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات ، فلا ترجعهن إلى الكفار ، لهن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » . وأما السنة ، فقد وردت الآثار الصحاح عن السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصراني وزوجه إذا أسلمت ، روى أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته وأبى هو أن يسلم ، ففرق عمر بينهما . وروى عن ابن عباس أنه قال : « إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أملك لنفسها ، وبهذا استفاضت الأخبار عن أصحاب الرسول ، وهو أمر لا يعرف بالرأى ، فلا بد أن يكونوا قد سمعوا من الرسول صلى الله عليه وسلم ما بنوا عليه حكمهم ، وقد انعقد إجماعهم على ذلك ، فكان ذلك بالإجماع مع نص القرآن - حجة قاطعة لا مجال للشك فيها .

ولقد قرر الفقهاء بناء على هذه القاعدة ، وهى أن المسلمة لا ينعقد زواجها على غير المسلم - أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه . وامتنع عن الإسلام يفرق بينهما ، لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح ، وشرط لبقائه ، فلا ينشأ النكاح إلا إذا حلا الزوجان من أسباب التحريم ، ولا يبقى إلا ببقاء الخلو من ذلك .

١٣٣ - ومع اتفاق الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول فى الإسلام يفرق بينهما ، قد اختلفوا فى وقت التفريق ، فقال ابن عباس رضى الله عنه تقع الفرقة من وقت الإسلام ، وكأنها وقعت وقت أن أسلمت ، وإن كان شرطها أن يعرض عليه الإسلام ويمتنع ، لأن الأحكام تستند إلى أسبابها ، والسبب كان من وقت إسلامها ، أو على الأقل عدم الحل كان من وقت إسلامها ، ولكن قد اتفق فقهاء الأمصار على أن الفرقة لا تقع وقت الإسلام ، ولكن تقع بعده ، لأن السبب فى الفرقة ليس هو الإسلام . إنما السبب فيها هو الامتناع عن الإسلام ، وليس الإسلام وحده سبباً للفرقة بين زوجين ، وقد اختلفوا بعد ذلك فى وقتها ، فمالك والشافعى وأحمد وغيرهم قالوا إن الفرقة تكون بعد أن تنهى عدتها ، فإن أسلم فى أى وقت قبل انتهاء العدة ، فهى زوجته ، وقال أبو حنيفة والصاحبان إن كانا ذميين فى دار الإسلام وقعت الفرقة من وقت الامتناع عن الإسلام بعد عرضه عليه ، لأن الامتناع هو سبب الفرقة ، فتسكون من وقته ، وإن كانا حريين وقعت الفرقة بينهما بانتهاء العدة لابذات الإسلام ، ولا بالامتناع عنه ، وإن خرجت مهاجرة إلينا كان اختلاف الدار كافياً للفرقة من غير حاجة إلى انتظار عدة .

١٣٤ - ومن الحق علينا فى هذا المقام أن نذكر ما يجب توافره ليعتبر الشخص قد دخل فى الإسلام ، ثم الآثار المترتبة على دخوله ، وقد ذكرنا

أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام يفرق بينهما ، وتجب عليها العدة ، إن كان دخول ، ويجب المهر . وإن لم يكن دخول لا حقيقى ولا حكمى لا تثبت عدة ، ويجب نصف المهر ، أو المتعة إن لم يكن ثمة مهر مسمى وقت العقد ، وإن أسلم الزوج وزوجته كتابية بقيت فى عصمته ، ولكن ملك عليها كل ما يملك الزوج المسلم ، فله حق تطليقها ، وله حق التزوج عليها إلى أن يبلغ العدد معها أربعاً . لأنه إذ قد دخل فى الإسلام صارت له حقوق المسلم .

ولكن متى يعتبر مسلماً ؟ أيعتبر بمجرد أن يقول : لا إله إلا الله محمد رسول الله ، أم لابد من الإشهاد ، ويكتفى به ، أم لابد من شروط أخرى ؟ يجب بيان ذلك ، لمكان هذه المسألة من الخطر الاجتماعى ، ولاتخاذ بعض الناس فى مصر الأديان هزواً ولعباً ، فإنه يعلن الشخص إسلامه ليفرق بينه وبين زوجته ، أو ليتزوج مسلمة ، حتى إذا قضى لباقة عاد إلى دينه ، أو أظهر حقيقته بعبارة أصح . وقد كان ذلك موضع نظر أمام محاكم الجنايات .

لهذا نقول إنه لا حاجة إلى الإشهاد الشرعى لوصف الشخص بالإسلام ، بل الإشهاد توثيق ، الغرض منه الشهور والإعلام ، وعده فى الإحصاء فى صفوف المسلمين . وإنما الأمر الجوهري هو شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وأن يظهر منه الإذعان لكل ما جاء به الكتاب والسنة ، وكل ما ثبت من الدين بالضرورة .

ومن المقرر أن الشريعة لا تنتظر فى الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام ، فهو مسلم بشرط ألا يظهر منه فى عامة أحواله ما يناقضها ، فالشهادة لا تثبت الإسلام إن كان ثمة ما يناقض معناها . أو ما يدل على أنه ما زال على دينه القديم .

وقد فهم بعض الناس أنه إذا نطق بشهادة الإسلام فهو مسلم ، وإن كان يظهر منه ما ينافيها ، كمنسحق يعلن الإسلام . ويسهم فى نفقات الكنيسة . ويتخذ الصليب شعاره ، ويصلى صلاة المسحقين ، وأدلى أحد المحامين بذلك لدى القضاء المصرى ، والحقيقة غير ذلك ، ولهذا نقل لك النصوص المقررة للحقيقة .

جاء فى شرح العقائد النسفية للتفتازانى : « لو فرضنا أن أحداً صدق بجميع ما جاء به النبى ﷺ وأقر به ، وعمل به ، ومع ذلك شد الزنار ^(١) بالاختيار ، أو سجد للصنم بالاختيار نجعله كافراً ، لأن النبى ﷺ جعل ذلك علامة التكذيب والإنكار ، ولقد جاء فى حاشية الشرح السابق مانصه : « المذكور فى شرح المقاصد وغيره أن الإيمان المنجى لا يقارن شيئاً من أمارات التكذيب ، وأن التصديق المقارن لشيء منها لا اعتداد به . »

ولقد جاء فى حاشية العقائد العصرية : « لما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر منه ما يدل عليه ، وهو التصديق اللسانى أى الإقرار . . . لأن التلفظ بالشهادة فى الشرع قائم مقامه مالم يظهر خلافه قولاً أو عملاً . »

هذه نقول تثبت أن النطق بالشهادتين يجب ألا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص إسلامه ، وهو لا ينفق عن شعار الدين الذى يعلن أنه تركه ، أو يعلن إسلامه ، وهو لا يزال يحمل الصليب ، فإنه فى هذه الأحوال وما يشبهها لا يعد مسلماً ، لأن الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها .

ولأنه يجب أن يقننه القضاء لذلك ، ويتحققه إن بدرت بواذر تعلن مستور أمره ، وأنه يخفى مالا يديه ، فإن فريقاً من الناس قد اتخذوا الأديان هزواً

(١) الزنار بضم الزاى فسر فى القاموس بأنه ما يشاهد على وسط بعض الثيابى والجبوس فهو حزام خاص .

وذريعة لإشباع الرغبات المادية . كإعلان الإسلام ليتزوج مسلمة ، ويقضى منها أرباً كما ذكرنا ، أو يعلن الإسلام ليطلق امرأته . ولا يسهل الطلاق في دينه أو يعلن الإسلام كيدا للأمة ، وليسهل عليه تدمير الشر ، وهو عقاب الردة .

وفي الشرع الإسلامي ما يقطع على أمثال هؤلاء الطريق ، ولأنه يحدث للناس من الأفضية بمقدار ما يحدثون من شر ، ولقد أغنانا ما عندنا من أحكام عن أن نحدث للعابثين بالمبادئ الدينية في هذا الزمان جديداً ، فلنبتع ما عندنا بكل ما فيه ، لكي نمنع ذلك الشر الجديد .

هذا ما عند الجمهور بالنسبة للمحرمات على التأقيت والتأييد . أما ما عند غيرهم فكما يأتي :

الزبدية كالجمهور تماماً :

١ — الإمامية لم يلتفتوا إلى حديث : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها » (ومثلهم الخوارج لعدم الأخذ به في مقابل « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، والحنفية يقولون إن الحديث خصص الآية مع أنه حديث آحاد ، لأن الآية خصصت بقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيما نكح من فتيانكم المؤمنات » ، ولهذا يقولون :

لا يحرم الجمع بين العمة أو الخالة مع ابنة الأخ أو الأخت إذا كان ذلك بإذن العمة أو الخالة .

٢ — يحرم عند الإمامية على العبد ما زاد على أربع من الإمام . وعند الجمهور وما زاد على اثنتين .

٣ — يجوز عند الإمامية نكاح الأمة على الحرية بإذنها ، ولو عقبد بدون الإذن بطل ، وإذا لم تعلم فلها الخيار .

٤ - من زنى بإحدى المحرمات على التوقيت حرمت على التأيد .
ولو تزوجها جاهلاً بالتحريم بطل الزواج ، وإن دخل كان التحريم الأبدى
وهذا عند الإمامية .

العقد على المحرم تحريماً مؤقتاً عالماً بالتحريم حرمت على التأيد ، ولو
جاهلاً بطل العقد عند الإمامية أيضاً .
المتعة لا تنحصر عندهم في عدد .

٥ - لو طلقت الحرة تسعاً بينهما زوجان تحرم عليه على التأيد عندهم .
٦ - المطلقة طلاقاً بائناً يجوز أن يتزوج الخامسة قبل انتهاء عدتها .
٧ - الرضاة المحرمة عندهم ، لا بد أن تكون في مدة الرضاة ، وأن
يكون الفحل واحداً ، وأن يكون الرضاع كما يأتي : يوماً وليلة ، أو خمس عشرة
رضعة ، لم يرضع في أثنائها من أخرى ، أو ينبت اللحم وينشر العظم .
٨ - الإمامية لا يجوز عندهم أن تزوج الإمامية غير الشيعي ، والشيعي
يتزوج غير الشيعي . بينما يجوز تزويج الفاسق الشيعي .

إجراءات لزواج المسلم بالكتائية

١٣٥ - ذكرنا أنه يجوز للمسلم أن يتزوج الكتائية ، وأنه إن تزوج
المسلم الكتائية يكون له عليها كل حقوق الزوج المسلم مع المسلمة ، ويكون
لها كل حقوق المسلمة مع ملاحظة أن لا توارث بينهما ؛ لأن شرط التوارث
بين المسلم وغيره اتحاد الدين ، ومع ملاحظة أن الأولاد جميعاً يكونون
مسلمين بلا فرق بين الذكر والأنثى .

ولما كانت هناك مظنة أن تجهل الكتائية ما قرره الإسلام من حقوق
وآثار للزواج احتاط ولي الأمر في مصر ، واتبعت النظم الآتية في توثيق
زواج هؤلاء الكتائيات :

١ - لا يتولى الموثق المعين لعقود الزواج المسمى بالمأذون - التوثيق بل

يتولاه القاضى الشرعى ، وذلك بنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين ، فقد جاء فيها : « ليس للمأذون أن يباشر زواج من لاولى له من الأيتام ، ولا العقود التى يكون أحد الطرفين تابعا لدولة أجنبية ، أو كان غير مسلم ، وإنما ذلك كله من اختصاص القضاة .

(ب) قد جعل لهذا الزواج وثيقة خاصة ، قد دون فيها ما للزوج من حقوق شرعية بمقتضى هذا الزواج ، حتى تكون على بينة من الأمر عند الإقدام على الزواج ، وتتلى هذه الأحكام على الروجة ، وتعرف بكل ما تدل عليه ، لتكون عارفة ما لها وما عليها ، راضية بذلك ملتزمة بإياه .

(ح) وقد نص فى الوثيقة (١) على أن للزوج أن يتزوج مثنى وثلاث ورباع رضيت بذلك أو كرهت (٢) وعلى أن له أن يطلق متى شاء ، قبلت أو عارضت ، وإذا طلقها طلاقاً رجعياً ، فله أن يراجعها فى أثناء العدة ، ولو عارضت فى ذلك ، وإذا كان الطلاق بائناً ، فليس له أن يعيدها إلا بعقد ومهر جديدين ، إذا كانت البينونة صغرى ، وإذا كانت البينونة كبرى ، فليس له أن يتزوجها إلا إذا تزوجت زوجاً آخر ، ودخل بها ، ثم طلقها وانتهت عدتها ، وأنه إذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر المسمى ، وإذا طلقها بعد الدخول ، فلها المهر المسمى كاملاً أو مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول ، ولا تسمية عند العقد فلها المتعة حسب تقدير القاضى أو اتفاقهما ، (٣) ونص أيضاً على أن له أن يلزمها بالطاعة فى مسكنه الشرعى ، ويمنعها من الخروج إلا بإذنه ؛ وأنها تستحق النفقة وقت الزواج وفى العدة (٤) كما نص على أن الأولاد الذين ترزقهم من المسلم يكونون مسلمين تبعاً لدين أبيهم (٥) وعلى أنه لا توارث بينها وبين زوجها إذا مات أحدهما ، لأن شرط إرث المسلم اتحاد الدين ، وأن الأولاد يرثون أباهم ، ولا يرثونها .

(٦) ونص على أن لها حق الحضانة . إلا إذا رأى القاضى ما يمنع من بقاء الأولاد تحت سلطانها ، وأن لها الحق فى إرضاع أولادها ، وأن أجره الرضاعة والحضانة على أبيهم .

الولاية في الزواج

١٣٦ - قد ذكرنا في شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذاً بأن يكون له قدرة على تنفيذ أحكامه ، لأنه صاحب الشأن فيه ؛ إذ يعقد لنفسه ، وهو كامل الأهلية ، أو يكون نائباً في إنشائه بإناة الشارع ، وهو الولي على النفس ، أو يكون وكيلًا عن صاحب الشأن في إنشاء العقد وتولى صيغته .

ولذلك يحق علينا أن نتكلم في الولاية على الزواج ، والوكالة فيه .

والولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً ، وهي قسمان : ولاية قاصرة ، وولاية متعدية ، والولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، والولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع .

والولاية المتعدية قسمان : ولاية على المال ، وولاية على النفس ، والولاية على المال هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ، وتنفيذها ، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد والمحافظة على نفس القاصر .

ومن هذا يتبين أن الولاية في الزواج ليست لصاحب الولاية المالية دائماً ، فقد يكون الولي المالي هو الولي في الزواج ، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد لأن لهما الولاية المالية ، والولاية على النفس ، وإذا كان الولي المالي هو الوصي المختار من الأب أو الجد ، أو الوصي الذي يعينه القاضي ، فإن الولاية في الزواج لا تكون لهما ، بل تكون للعصبات غير الأب والجد ،

وأساس التفرقة في هذه الحال أن الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال ، وأما الولاية على النفس ، فأساسها أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقلين وحدهما بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار ، فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصابات ؛ إذ هم قوم الزوجين .

١٣٧ — والولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين : ولاية لإجبار وولاية اختيار ، أو ولاية الشركة ، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب^(١) والولاية الأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه ، ولا يشاركه فيه أحد ، وأما الولاية الثانية ، فهي تثبت على البالغة العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها ، بل يشاركها ولها في اختيار الزوج ، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد انقافه معها على الزواج ، ولذلك تسمى هذه ولاية الاختيار ، كما تسمى ولاية الشركة ؛ لأنه ليس له أن يجبرها ، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ، ويشتركا في الاختيار ، ويتولى هو الصيغة ، وأبو حنيفة لأنه يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها ولكن يستحسن أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج — ويسمى ولاية استحباب .

١٣٨ — ولاية الإجبار عند الحنفية تثبت على القاصرين ، فتثبت على فاقد الأهلية ، وهو المجنون والمعتوه ، والصبي غير المميز والمجنونة والمعتوه ، والصيغة غير المميزة ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبي المميز^(٢) .

(١) وهي الولاية على البالغة العاقلة ، فيقرر جمهور الفقهاء أن عليها ولاية ، لأنها ليس لها أن تنفرد بالزواج ، ولا يشتتها أبو حنيفة ولكن يستحسن أن يتولى وليها العقد .
(٢) يلاحظ أن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع سماع دعوى الزواج إذا كانت سن الزوجين وقت التقاضي دون السادسة عشرة للزوجة ، ودون الثامنة عشرة للزوج ولم يمنع الإنشاء ، ولذلك تنكح في العقد على الصغار على اعتبار أن العقد صحيح ، ولا يمنع القانون من صحته ، والتصادق عليه أمام المحكمة إذا كانت سنهما عند التصديق مستوفية للمروط .

ويجب أن نشير هنا إلى رأى لبعض الفقهاء السابقين ، فلقد كان له أثر في بعض قوانين الأسرة بمصر ، وذلك هو رأى عثمان البقي ، وابن شبرمة ، وأبي بكر الأصم ، فقد قالوا إن ولاية الإيجاب تكون على المجانين والمعتاتيه فقط ولا تكون على الصغار قط ، فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير؛ لأن الصغير يقتضى مع مقتضيات عقد الزواج ، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، فلا حاجة إليه قبله ، والولاية الإيجابية أساس ثبوتها وحاجة المولى عليه إليها . وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغير فلا ولاية تثبت على الصغار فيه ، وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال ، فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » فقد جعل الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح هو أمانة انتهاء الصغير ، وإذنه فلا ثمرة في العقد قبل البلوغ ، لأنه عقد لا تظهر ثمراته قبل البلوغ وفي إثباته قبله ضرر بالصغير ، لأنه لا يستفيد من العقد ، ويبلغ فيجد نفسه مكبلاً بقيود الزوجية . وهو عقد يستمر في أصل شرعته مدى الحياة .

وبهذا الرأى استأنس القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذى حد سن الزواج ومنع سماع الدعوى إذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدود ، وقلنا استأنس لأن القانون منع سماع الدعوى فقط ، بينما ذلك الرأى يمنع صحة الزواج .

وقد استدلل الجمهور لرأيهم بقوله تعالى في بيان العدة : « واللاتى لم يحضن » فبين بهذا عدة الصغيرة التى لا تحيض ؛ وهذا دليل على صحة الزواج إذا لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح . وقد استفاضت الأخبار الصحاح بعقد زواج الصغار . فالنبي ﷺ تزوج عائشة وهى بنت ست سنوات . وزوج ابن عمر بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير ... وليس في قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح » ما يمنع صحة العقد ، وكون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد

الكبر ، لم يمنع ثبوت الولاية المالية ؛ كسراء عقار لا يغل إلا بعد الكبر ، فإنه يجوز مع أن ثمرات العقد لا تكون إلا بعد الكبر ، والحاجة إلى النكاح ثابتة في الصغر ، لأن الكف لا يتوافر في كل وقت ، وعساه يتوافر في الصغر ، ويفوت بعد بلوغ الحلم فكان الاحتياط لمصلحة الصغير يثبت ، ولذلك اتفق فقهاء الأمصار على ثبوت الولاية على الصغار ، ماعدا هؤلاء الثلاثة الذين ذكرناهم ، وقد وافقهم - أى الثلاثة - ابن حزم الظاهري في الصغيرة ، دون الصغير ، لأنه تنصور حاجة الصغيرة إلى الزواج دون الصغير ، ولأن الآثار الواردة عن الصحابة كانت في الصغيرات .

١٣٩ - وقد اتفق الفقهاء على أن علة ولاية الأجبار على المجنونة والمعنوعة هو ضعف العقل الذى كان سبب العجز عن تولى العقد ، وإدراك وجه المصلحة المرجوة منه ، وأما علة الولاية على الصغار ، فقد اتفقوا أيضاً على أن الصغر هو السبب بالنسبة للصغير ، أما الصغيرة فقد اختلف الفقهاء في علة الولاية عليها ، فقال الشافعي ومالك وأحمد على قول - إن العلة هي البكارة ، فإذا كانت البكارة فالولاية ثابتة ، ولهذا تمتد الولاية إلى ما بعد البلوغ مادامت لا تزال بكراً ؛ وذلك لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح ، وإدراك التفاوت بين الأزواج ، وفهم الرجال ، فكانت البكارة علة الولاية تدور معها وجوداً وعدماً ، فحيثما كانت البكارة ، ولو بعد البلوغ ، فالولاية باقية ، وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ، فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ، ودخل بها ثم فرق بينهما لا يصح زواجها ثانياً حتى تبلغ ، وتشترك مع وليها في اختيار زوجها ، ولذلك معنى معقول ، إذ لا يصح تكرار زواجها في الصغر لأنه لا حاجة إليه ، وكانت التجربة لا تدعو إلى التكرار لأنها لم تنجح فتعرف المصلحة فيه .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن علة الولاية في الصغيرة هي الصغر ،

كالصغير ؛ إذ الصغير هو سبب العجز ، والعجز هو الذى وجدت الولاية لمدنقصه ، وقد كان عنة الولاية فى الصغير ، فيثبت أيضاً علة فى الولاية على الصغيرة ، ولأن الحكم بأن الولاية الإلجبارية تستمر على البكر بعد البلوغ يخالف الآثار الواردة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فقد قال النبى ﷺ « تستأمر النساء فى أبضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها : إن البكر تستحى يارسول الله ، فقال ﷺ « أذننا صماتها » ؟ وروى « سكوتها رضاها » .

وإن البلوغ كان سبباً فى الولاية المالية الكاملة للبالغة الرشيدة على نفسها فكذلك تثبت ولايتها أمر زواجها مشتركة مع وليها ، أو منفردة بها على اختلاف الفقهاء فى ذلك ، ولقد قال فى هذا المقام ابن القيم :

« إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها ، ويخرج منها بضعها بغير رضاها إلى من يريد هو ، وهى من أكره الناس فيه ، وهو أبغض شىء إليها ، ومع هذا ينكحها إياه قهراً ويجعلها أسيرة عنده » .

وإذا كنا قد استحسننا الرأى الأول فى إفضائه إلى منع الولى من زواج الصغيرة إذا تزوجت ودخل بها ، وكانت فرقة بعد أن صارت ثيباً ، ونراه أرجح فى الناحية العملية من مقابله - فإننا نختار فى البكر البالغة الرأى الثانى الذى يمنع الولاية الإلجبارية عليها بعد البلوغ .

١٤٠ - من له ولاية الإلجار . ولاية الإلجار عندما ملك وأحمد بن حنبل للأب أو وصيه بالتزويج ، بيد أن أحمد يشترط فى ولاية الوصى بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج ، والشافعى أثبت ولاية الإلجار للأب والجدة لأن الجدة أب عند فقد الأب ، وهذا كله فى الصغير والصغيرة ، وأما فى المجنون

والمجنونة ومن في حكمهما فأضافوا إلى الأولياء المذكورين الحاكم ، وخالف الشافعي فقال تكون له ولاية الإيجار على المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح بدليل كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب مثلاً إنها تشفى من علتها إذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طبيب عادل إن الزواج دواء له ، والشيعية الإمامية على أن ولاية الإيجار للصغير هي للأب ، ولغيره للحاكم أو وصيه .

وقال الحنفية وقولهم هو المعمول به في مصر ، إن ولاية الإيجار تثبت للعصبات جميعاً ، وقال أبو حنيفة تثبت للعصبة ولذوى الأرحام .

وحجة الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد في قصرهم الولاية على الأب أو الأب ، والجد على رأى بعضهم أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولى عليه ، وهؤلاء ليسوا في حاجة إلى الزواج ، وعند ثبوت الحاجة في المجانين وغيرهم تثبت ، ولكن لأن الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة أولاده ، فتثبت له الولاية لكامل شفقته ، والآثار الواردة في زواج الصغار كانت ولاية الزواج للأب ، والجد كالأب في كثير من الأحكام ، ولذا ألحقه الشافعي به .

ولا يقاس غير الأب والجد على الأب ، لأنه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار للقاصرين مثله ؟ فلا تثبت قياساً .

وأما الحنفية في اعتبارهم الولاية لكل العصبات فقد أثبتوا قولهم بالقرآن والسنة ، والقياس ، فقد قال الله تعالى : « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن ، فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها أنها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها ، ويرغب في نكاحها ؛ ولا يقسط لها في صداقها فهذا يدل على أن اليتيمة ، أى الصغيرة التي مات أبوها قد يرغب وليها في

تكاحها ، ولا يعطيها مهر مثلها ؛ والولى الذى تزوجها لابد أن يكون غير الأب والجد والعم ، بل يكون ابن العم مثلاً ؟ فهذا يدل على أن العصبات جميعاً لهم ولاية التزويج ، واللوم فى الآية فى أنهم يتزوجون من يكونون فى ولايتهم من غير أن يعطوهم مهر المثل ولقد زوج النبی بنت عمه حمزة من ابن أبى سلمة وهما صغيران ، ويقول فى هذا المقام السرخسى فى مبسوطه : والآثار فى جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى ، وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم .

وأما القياس فهو أن العصبات يثبت لهم سلطان فى شأن زواج البالغة بعد بلوغها . ويختلف ذلك السلطان باختلاف آرائهم مع اتفاقهم على أصله . فالجمهور يجعل للولى للعاصب حق مشاركتها فى اختيار الزوج . ويتولى هو الصيغة . وأبو حنيفة يجعل له الحق فى الاعتراض . إن لم يكن الزوج كفئاً . بل يفسد الزواج لأجله . وهذا نوع ولاية .

ولإذا كان للعصبات عموماً نوع ولاية بعد البلوغ . فلهم ولاية قبله ، لأن البلوغ - وبه كمال العقل والتقدير - من شأنه أن يمحو الولاية ، لا أن يثبتها . فإذا ثبت بعده فمعنى ذلك أنها كانت ثابتة قبله ، وهى بعد البلوغ تكون مشتركة ، وقبله تكون إجبارية ، إذ القاصر ليس أهلاً للمشاركة فى ذلك . وكون غير الأب والجد شفقتهم أقل من الأب والجد لا يقتضى محو الولاية . ولكن يقضى أن تكون ولايتهم دونها . وكذلك كان . فإن قوة الولاية لغيرهما دون قوة ولايتهما على ماسنين .

١٤١ - اتفق أبو حنيفة وأصحابه على ثبوت ولاية التزويج للعصبات . ولكنهم اختلفوا بعض الاختلاف فى ترتيبهم . واختلف أبو حنيفة مع أصحابين فى ثبوت هذه الولاية لغير العصبات من الأقارب .

والعصبات هم كل قريب ذكر يتصل بالمولى عليه اتصالاً لا تنفرد بالتوسط

بينه وبينه فيه أثى ، وترتيبهم هنا كترتيبهم في الميراث على اختلاف قليل ، كما سنبين ، وهم :

- (١) فروع الشخص من الذكور الذين لا تتوسط بينه وبينهم أثى .
- (٢) وأصوله كذلك (٣) وفروع أبيه الذين لا تتوسط بينه وبينهم أثى ،
- كالأخ الشقيق أو الأب وابن الأخ كذلك (٤) ثم فروع الأجداد الذين لا تتوسط بينهم وبينه أثى كالعم ، وإن علا أبوه ، وابن العم .

ولإذا كان للقاصر ولى عاصب واحد انفرد هو بالولاية ، وإن تعدد الأولياء قدم الفروع على الأصول ، ثم الأصول على الأخوة وأولادهم ، وهؤلاء على الأعمام وأولادهم ، فإن اتحدت الجهة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الأب على الجد ، والابن على ابن الابن ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ ، ولو كان شقيقاً ، لأنه أقرب درجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة قدم أقواهم قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأب وأم ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، ويقدم العم الشقيق على العم لأب ، وهكذا . وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كان كلاهما ولياً ، وأيهما زوج صح زواجه ، فإن زوج كلاهما اعتبر زواج المتقدم ، فإن لم يعرف المتقدم أبطل زواجهما ، لعدم ترجيح أحدهما على الآخر .

١٤٢ — وقد سبرنا في الترتيب السابق على ترتيب الميراث ، وقد حصل خلاف في بعض الترتيب السابق ، وفي بعض الأحكام . ولنذكره ، وهاهو ذا :

- (١) جرى خلاف في تقديم ابن المعتوهة على أبيها في زواجها ، فقد قال الشيخان : إن الابن وفروعه يقدمون على الأب ومن بعده ، لأن ذلك هو ترتيب العصبات في التوريث ، وهو مبني على مقدار قوة العصبوبة في كل جهة من هذه الجهات ، وكل درجة من درجاتها ، وعلى ذلك يكون التعصيب في الابن أكثر من الأب ، والتعصيب سبب الولاية ، فيكون الابن أسبق .

وقال محمد الأب أولى ، لأنه أوفر شفقة . وأكثر خبرة . فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب ثبت له الولاية على النفس . وعلى المال معاً . بينما الابن لا تثبت ولايته إلا على النفس . أى التزويج فقط ، فكان هذا دليلاً على أن صلة الأب من حيث الولاية أقوى . والرف في كل الأمصار والعصور على ذلك .

وروى عن أبى يوسف أنه قال أيهما زوج فزواجه صحيح ، أى أنه اعتبرهما في درجة واحدة ، لأن كل واحد منهما قام به سبب من أسباب الترجيح . فالأب أوفر شفقة ، وهو ولي المال ، والابن أسبق في الميراث الذى هو أملوة قوة التعصيب . فتعادلاً ، فكانا في درجة واحدة ، وإذا اجتمعا قدم الأب .

ويقول صاحب البدائع: الأفضل أن يفوض الابن الإنكاح (أى التزويج) إلى الأب احتراماً له ، واحتراماً عن موضع الخلاف .

(ب) إذا كان هناك وليان في درجة واحدة وقوة قرابة وجهة واحدة ، فقد ذكرنا أنهما يكونان وليين ، وأيهما زوج فزواجه صحيح ، والزواج للسابق منهما ، أى أن الولاية تثبت كاملة لكل واحد منهما ، وقد قال بعض العلماء إن الولاية تثبت لهما مجتمعين ، أى أنه لا يحل لواحد منهما أن يزوج وحده ، بل لابد من اجتماع رأيهما ، لأن مصلحة القاصر في أن يجتمع رأيهما ، ولأن الولاية لأجل المصلحة ، وعند اختلافهما لا تتأكد هذه المصلحة . وحجة رأى الراجح في المذهب الحنفى ، وهو الأول - أن الولاية لا تقبل التجزئة ، فإذا ثبتت تثبت كاملة ، وإذا ثبتت كاملة يكون لكل واحد منهما حق الانفرد .

(ج) من المقرر أن الأقوى قرابة مقدم على من دونه ، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب . وهذا رأى أبى حنيفة والصاحبين ، ولقد قال زفر :
(١١) بحثرات في الزواج)

إن الأخ لأب في ولاية الزواج كالأخ الشقيق تماماً ؛ لأنهما قائمان مقام الأب وصلة الأخ الشقيق والأخ لأب بالأب واحدة ، لارجحان لأحدهما على الآخر في النسبة إليه ، ولأن أساس الولاية في الزواج القرابة الأبوية ، فلا عبرة فيها بقرابة الأم ، فتعتبر هنا في حكم اللغو ، فلا تفيد قوة ، ولا رجحاناً .

وحجة الإمام والصاحبين أن ولاية للعصبات وهي في ترتيبها كالميراث والأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب في الميراث ، فيقدم هنا ، والأم ليست ملغاة في تقوية القرابة المورثة ، فكذلك هنا لا يلغى اعتبارها مرجحة .

(د) من البيان السابق في الترتيب يتبين أن الجد الصحيح (وهو أبو الأب وجده وإن علا إذا لم تتوسط أنثى) مقدم على الإخوة الأشقاء أو لأب ، وظاهر عبارات الفقهاء أن ذلك بالاتفاق ، ولكن ذكر أبو الحسن الكرخي أن تقدمه على الأخوة هو رأى أبي حنيفة . أما الصاحبان فرأيهما أنه معهم على سواء ، فهو يشارك في الولاية الأشقاء أو الأخوة لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم في الميراث فيحجبهم ، والصاحبان يجعلانه معهم عصبة ، والترتيب في ولاية الزواج يسير مع الميراث تماماً .

ولقد ذكر السرخسي في مبسوطه أن الأصح هو تقديم الجد رأيهم جميعاً ، لأن الولاية فيها معنى الشفقة معتبر ، وشفقة الجد فوق شفقة الأخ .

١٤٣م - وإذا لم يكن للقاصر عصبات ، فإن الولاية تنتقل إلى ولي الأمر يتولاها القاضي الذي ذكر له ذلك في مرسوم تعيينه ، وهذا عند محمد وأبي يوسف على الرواية المشهورة عنه ، وقال أبو حنيفة إن الولاية تنتقل إلى بقية الأقارب على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم فتنتقل الولاية إلى الأم ، ثم البنت ، ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت . ثم الجد أبي الأم ، ثم الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخوة والأخوات لأم ، ثم أولادهم ثم على الترتيب السابق ، ثم لسائر ذوى الأرحام العمات ، ثم الأخوال والخالات ، ثم بنات الأعمام ، ثم أولاد السابقين .

والأصل الذى قام عليه الخلاف بين الإمام والصاحبين أن الإمام يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب ، لأن العصابات هم قبيلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج أو نفااره ، ولأن النبي ﷺ قال : « الإناكاح إلى العصابات ، فقد قصر الإناكاح عليهم ، فكان التعصيب هو السبب .

ووجهة نظر أبى حنيفة فى اعتبار القرابة الشفقة سبب الولاية - أن هذه الولاية لمصلحة المولى عليها أولا ، وهؤلاء أولى من السلطان ، لأنهم أكثر عناية بالمصلحة منه ، بمقتضى صلة القرابة الشفقة ، ولقد أثر عن عبد الله بن مسعود الصحابى الفقيه أنه أجاز لامراته أن تتولى عقد زواج ابنة لها من غيره ، وما كان لمثله أن يحجز ، إلا وهو يعلم مصدر ذلك من علم الدين والراجح عند كمال الدين بن الهمام وغيره وهو رأى أبى حنيفة .

١٤٤ م - غياب المولى القريب : قد تبين بما تقدم أن الأولياء مرتبون ، كل ولى أقرب يحجب من بعده ، فالأخ يحجب ابن الأخ ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب على ما علمت فى ذلك ؛ وإذا غاب المولى القريب غيبة يخشى فوات الكفـ إذا انتظر حضوره أو استطلع رأيه ، فقد قال أبو حنيفة أصحابه إن الولاية تنتقل إلى المولى الذى يليه فى الدرجة (١) وذلك لأن الولاية ثابتة للمولى البعيد . كما هى ثابتة للمولى القريب . ولكن قدم القريب لأنه أولى ، فإذا تعذر عليه تولى العقد ، زالت أولويته ، فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ، لابقيامه مقام الغائب ؛ وإنما زالت أولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لأنه أوفر شفقة ، فيكون أشد حرصا على المصلحة

(١) هذا رأى الجمهور ، ورأى الشافعى أن الولاية تكون للسلطان ، لأن ولاية من يليه ثابتة ، فبالغياب لاولى لها ، فتكون الولاية للسلطان ، وقال زفر تستمر ولاية الغائب أو ينتظر ، ولا تنقل لسواه ، لأن الغياب لايزيلها فهى قائمة ، ولاظلم حتى يتولى القاضى رفعه .

من غيره . وبغيته تفوت المصلحة إذا انتظر ، فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطاناً بغيته ، وإنما لم تثبت ولاية القاضى لأنه لا ظلم ، حتى يرفع إليه أمره ، ولأن السلطان ولى من لا ولى له ، وهنا أولياء كثيرون يسبقونه .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر إذا غاب من هو أقرب منه ، فهل تزول ولاية الغائب الأقرب ؟ قال بعض المشايخ : تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت رأى الأقرب غير منتفع به ، فلا تبقى ولايته ، ولأنه لو بقيت ولايته لأدى إلى بعض الفساد ، لأنه ربما يزوج الغائب والحاضر ، فيفسد أحد العقدين لا محالة ولا ثمرة في بقائها ، والذين قالوا هذا القول من المشايخ أكثر عدداً .

وقال بعض المشايخ : إن ولاية الغائب تستمر وأقصى ما أحدثته الغيبة أنها أزلت أوليته ، وجعلت الحاضر فى مرتبته ، وذلك لأنه لا تنافى بين الولايتين ، فتجتمعان . ولذلك نظير فيما إذا كان الوليان فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ، ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، إذ لا يفوت الانتفاع بولاية الحاضر ، الذى يجعله حضوره أكثر مراقبة للأمر ، وبولاية الغائب الأقرب الذى تجعله شفقتة الزائدة أكثر حرصاً على المصلحة .

١٦٥ م — امتناع الولى من غير سبب شرعى : إذا امتنع الولى من زواج من هو فى ولايته (كأن يكون المولى عليه مجنوناً وأثبت الطب أن فى الزواج علاجه أو ثبت أن مصلحة له فى زواجه ، ووجد الكفء) وكان امتناعه بغير سبب شرعى يبرره - فإن الولاية فى هذه الحال تنتقل إلى القاضى ، وإن لم يذكر فى مرسومه أن له ولاية التزويج ، ولكن بشرط ألا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياه ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله ﷺ ، فإن اشتجروا فالسلطان ولى

من لاولى له ، وإن ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار ، بل لا يخلو من اشتجار الأولياء عليه ، إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء . ولأن الامتناع من غير سبب شرعى يبرره - ظلم ، وولاية رفع المظالم للقاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه ويؤدى الامتناع إلى ظلم ، فإن القاضى يتولى الأمر بالنيابة عنه ، إذا تعين طريقاً لرفع الظلم ، ألا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد ديونه ، إذا امتنع عن البيع والسداد ، لأن ذلك هو السبيل لرفع ظلم المظل .

ولأن القاضى إذ يقوم بالعقد نيابة عن الولى العاضل (أى الممتنع ظلماً) يكون عقد القاضى فى قوة عقد ذلك الولى ، فإن كان الولى هو الأب كان العقد فى قوة عقده ، وإذا كان هو الأخ كان فى قوة عقده ، وهكذا ، وإنما يعذ الولى ممتنعاً بغير حق إذا كان ممتنعاً مع وجود الكف ومهر المثل بلا سبب .

١٤٦ - الوصاية فى الزواج : هل للأب أن يقيم وصياً عنه فى الزواج ، كما له أن يقيم وصياً فى المال ، قال مالك رضى الله عنه : إن ذلك جائز ، لأن الوصى نائبه بعد الوفاة ، كما أن الوكيل نائبه فى الحياة ، وقال ذلك القول ابن أبى ليلى ، وقال إن نص الأب على الزوج صحت الوصاية بالزواج ، وقال بعض الفقهاء : إن كان لقاصر الأهلية ولى عاصب لا يجوز الإيصاء . لأن الولاية للعاصب ، فتعين وصى مصادمة لحكم الشارع فلا يجوز ، وإن لم يكن للقاصر ولى عاصب ، فيجوز الإيصاء ، لأنه يكون ولاية خاصة . فتقدم على ولاية القاضى العامة ، ولا مصادمة لحكم الشارع .

وقال جمهور الفقهاء : إن الإيصاء فى الزواج لا يجوز ، لأن الإنكاح إلى العصبات بنص الحديث ، وهذا كلام يفيد القصر عليهم ، ولأن مصلحة الولى والمولى عليه تتلاقى فى الزواج ، ولا يتوافر ذلك فى الوصى إذا لم يكن منهم .

والمصلحة في الزواج دقيقة تحيط بها عدة اعتبارات ، لذلك كانت الولاية لمن تكون مصلحتهم متفقة في الجملة مع مصلحة المولى عليه ، بخلاف المال ، فإن المصلحة فيه تعرف بالكسب والحساب ، فلا تخفى ، فيجوز في الولاية المالية الإيصاء .

مراتب ولاية الإجماع

١٤٧ م - الأساس في ثبوت ولاية الإجماعية يكون من أمرين :
(أولهما) الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية أمره في حالة قصره ، وفي قابل حياته بعده .

(ثانيهما) حسن الرأي وتخير أوجه النفع ، فإذا توافر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازماً يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ، ولا يقيد الشارع ذلك الولي بأى نوع من القيود ، فلا يتقيد بكفاءة ، ولا مهر المثل ، أما إذا نقص أحد هذين الأمرين ، بأن يكون الولي غير كامل الشفقة ، أو غير حسن التدبير ، فإن الولاية لا تكون كاملة ، فلا تشمل كل الأحوال ، ولا تكون مطلقة من كل القيود ، بل تكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء إلى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى - الأب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار فلم يشتهروا بالمجانة والفسق ، وهؤلاء إذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار ، ولا خيار إفاقة بالنسبة للمجنون والمجنونة . ويصح العقد ويلزم . سواء أكان الزواج من كفاء وبمهر المثل أم كان من غير كفاء وبأقل من مهر المثل مما يتغابن فيه الناس . أولاً يتغابنون . وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتهاؤهم بما يتنافى مع حسن الرأي . ورعاية المصلحة . يغني عما عداه من القيود الظاهرة .

وهذا رأى أبى حنيفة ، ورأى الصاحبين أن العقد لا يدخله خيار بلوغ أو إفاقة ، ولكن لابد من الكفاءة ومهر المثل ، إذ لابد من التقيد بالمصلحة الظاهرة ، وذلك لأن هذه الولاية للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة في نقصان المهر أو عدم الكفاءة ، ووجهة أبى حنيفة أن الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم إلى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر لنفسه ، ويقدم على الزواج من غير كفاء وبدون مهر المثل ، لاعتبارات أخرى كالأخلاق وما يرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعاني المقصودة في الزواج . وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة ، فاشتطت المصلحة الظاهرة .

المرتبة الثانية — الأب والجد والابن الذين عوفوا بسوء الاختيار أو اشتهروا بالمجانة والفسق ، وقد اتفق أبو حنيفة وأصحابه على أنه يجوز تزويج واحد منهم لإلّا من كفاء وبمهر المثل ، فإن زوج من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل لم يصح^(١) العقد ، وإن كان الزوج من كفاء وبمهر المثل صح العقد لازماً ، وليس فيه خيار بلوغ أو إفاقة ، والتقيد بالكفاءة لازم سواء أ كان المولى عليه ذكراً أم كان أنثى ، لأن هؤلاء وإن توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك ، فكانت الولاية ناقصة ، فدرى النقص باشتراط الكفاءة ومهر المثل .

(١) اختلفت عبارات الكتب في فساد هذا العقد ، فعبارة ابن عابدين أنه لا يتعقد فاسداً ، ولكن يكون للمولى عليه لإبطاله بعد زوال النقص ، ولكن جاء في البحر مانصه : فدوقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة أن النكاح باطل ، فظاهر أنه لم يتعقد ، وفي الظهيرية بفرق بينهما ، ولم يقل باطل ، وهو الحق .

وقد قالوا إن هذه الحال إذا كان الأب مشهوراً بسوء الاختيار والفسق ، فإن لم يكن مشهوراً لا يبطل إذا كان بغير كفاء أو ليس بمهر المثل ، وعلى ذلك يقولون إذا زوج الأب بنتاً له وهو غير مشهور بسوء الرأي ثم اشتهر ، فالزواج صحيح من غير قيد ولا شرط (ابن عابدين) .

المرتبة الثالثة. — بقية العصابات غير الأب والجد الصحيح والابن ، وهو لاء شفقتهم ليست كاملة ، لأن قرابتهم قرابة الحواشي . وليست من حيث الشفقة كقرابة الولادة ، وقد انفق فقهاء المذهب الحنفى على أنه فى هذه المرتبة لا يصح الزواج إلا بكفء وبمهر المثل ، فلا يصح بأقل من مهر المثل ، لأن كان المزوج أثنى ، ولا يصح بأكثر من مهر المثل لأن كان المزوج ذكرآ ، وذلك لأن نقص الشفقة اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ، إذ لا يمكن الاعتماد على المقاصد المصلحية الخفية لعدم وفور الشفقة الى تجعلهم كالآباء والأبناء .

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فإنه إذا صح العقد لا يكون لازماً بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ إذا زال سبب القصر ، فإن كان سبب القصر الصغر فله الفسخ بخيار البلوغ ، وإن كان سبب القصر الجنون واستفراق ، فله الفسخ بخيار الإفاقة . ولذلك جاء فى فتح القدير : « غلام بلغ عاقلاً ، ثم جن ، فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً . . . فإن أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فله الخيار . »

وكان ثبوت الخيار بعد زوال سبب القصر . لأن عقد الزواج هو عقد الحياة ، كما علمت ، فلا يصح أن يلزم الشخص بمقد لم يتوله بنفسه ، ولا يعتبر مثل نفسه ، بل أشد غيره ، وهو الأب والجد والابن أحياناً ، ولذا كان له الحق فى النظر من جديد فى شأنه بعد زوال قصره ، فإن رضى ببقائه بقى ، وإن لم يرض ببقائه نقضه القاضى بطلبه .

١٤٨ — وثبوت خيار البلوغ أو الإفاقة أى حق الفسخ عند زوال القصر هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، وأبى يوسف فى قوله الأول — أما قوله الأخير ، فالنكاح من غير الأب والجد والابن بعد تحقق شروط الكفاءة ومهر المثل لا خيار للقاصر فى فسخه بعد زوال القصر ، وذلك لأن الشارع أقام الولى نائباً عن القاصر ، فكان القاصر قد عقده ، ولا يصح نقض

ما قام به بائبه الذى كان كشخصه ؛ ولأن العقد كان فيه مصلحة ظاهرة ، وأقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد إقرار الشارع له ، واعتبار وجه المصلحة فيه ؛ إذ إنبات الخيار إنما يكون لدفع الضرر . ولقد قرر الشارع أنه لا ضرر فيه بما احتاط من قيود ، وتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبي ﷺ أثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن أبى سلمة ، وقد وردت آثار في ثبوت ذلك الخيار عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، وبأن هناك أضراراً خفية معنوية من سوء العشرة أو جفاف الطبع . وهذه أضرار لها مكانها في الزواج ، ولا تضمن ملاحظتها من غير الأب والجد والابن ، لذلك كان للقاصر بعد زوال قصره أن يلاحظها بنفسه فيعطى حق طلب الفسخ ، إن وجد ضرراً من هذا النوع .

ويجدر بنا أن نذبه إلى أمرين كانا موضع نظر ؛ (أحدهما) ولاية القاضى أيثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى إلى قسمين : (القسم الأول) ولاية يتولاها باعتباره ولى الزواج ، ومرتبته آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ أو الأفاقة . (القسم الثانى) ما يتولاه القاضى من عقود رفعاً لظلم امتناع الولى عن الزواج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين في هذا القسم أن تتبع قوة ولايته أى ولاية الولى العاضل ، فإن كان الممتنع الأب أو الجد أو الابن لم يكن للقاصر الفسخ عند زوال القصر ، وإن كان العاضل غير هؤلاء ، فالقاصر الفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة .

(الأمر الثانى) إذا زوجت الأم (وهذا جائز عند أبى حنيفة) أيثبت الخيار بعد زوال القصر ، أم لا يثبت ؟ عن أبى حنيفة في ذلك روايتان :

(إحداهما) وهى الأصح أن الخيار يثبت ؛ لأن ولايتها تلى مرتبة العصبات من الحواشى ، وهؤلاء يثبت الخيار فى تزويجهم ، فأولى أن يثبت فيها ؛ إذ ولايتهم أقوى ، ولأنها وإن كانت موفورة الشفقة إلى أقصى حد ، تديرها غير كامل ، فلم تكن ولايتها كاملة .

(والرواية الثانية) وهى غير الراجحة : أن الخيار لا يثبت لو فور الشفقة إلى أقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة ، فلا حاجة إلى الخيار من بعد .

١٤٩ م - وإذا ثبت الخيار بالبلوغ ، أو الإفاقة ، فإنه لا يتم الفسخ إلا بشرطين (أولهما) ألا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار . (ثانيهما) الطلب من القاضى ، ولا يتم الفسخ إلا بحكم القاضى ، وقبل أن يحكم القاضى بالفسخ الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة ، فتجب الطاعة ، ولا يسقط أى حق من حقوق الزوجية لأى واحد من الزوجين قبل الآخر ، وإذا مات أحدهما قبل الحكم ورثه الثانى ، ولو كان هو طالب الفسخ ، وذلك :

(١) لأن حق الفسخ بخيار الإدراك (أى خيار البلوغ والإفاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء ، ولذا احتاج فى تمامه إلى حكم القاضى ليقوى به .

(٢) ولأن النكاح أوجد حقوقا شرعية قائمة على أساس شرعى صحيح ، وكل حق ومالك ثبت بأصل شرعى لا يزول إلا بالتراضى أو حكم القاضى ، فكان لابد من حكم القضاء .

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ ، لا لثبوت الخيار ، ولذلك كان عمل القاضى هو التحرر من أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر ، ويقضى

برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا بالعقد صراحة أو دلالة ، فالرضا صراحة مثل اختارت النكاح ، أو رضيت بالزواج أو أجزته أو نحو ذلك من العبارات المعلقة للرضا ، وأما الرضا بطريق الدلالة ، فهو كل قول أو عمل يدل على اختيار دوام النكاح ومنه سكوت البكر عقب البلوغ إذا علمت بالزواج والبلوغ ، لأن سكوت البكر البالغة دليل رضاها ، إذا أعلنها الولي بالزواج والمهر ليستشيرها في إنشاء الزواج ، فأولى أن يكون دليلاً على الرضا بعقد موجود ثابت ، لأن الرضا في الإنشاء ألزم من الرضا في الإبقاء . ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقدير النفقة وضاب المهر ، قبل ضاب الفسخ .

والبلوغ أو الإفاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فإذا سكنت البكر بعد البلوغ غير عالة بالنكاح فإن السكوت لا يعتبر رضا .

هذا ، وإن الرضا إما يعتبر مسقطاً للخيار إذا كان بعد البلوغ ، لأن الإسقاط لأمر شرعى لا يكون إلا بعد وجوده ، وقبل البلوغ أو الإفاقة لم يوجد الخيار ، فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا أو الفسخ قبل البلوغ أو الإفاقة لا قيمة له ولا اعتبار .

١٥٠ — وقبل أن تترك الكلام في ولاية الإجماع في الزواج نقول كلمة موجزة في زواج الصغار والمجانين في القوانين المصرية .

أما بالنسبة للمجانين فلم يوجد ما يمنع الولي من زواجهم ذكوراً كانوا أو إناثاً ، إذا كانوا كباراً ، فالولاية الشرعية للمصريات ثابتة من غير مانع إلا في النواحي المالية التي جرى العمل على استئذان المحكمة الحسنية بالنسبة لها .

أما الصغار فإن زواجهم إلى ما قبل القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٣ ، ولم يكن فيه ما يقيد الأولياء ، وهذا القانون بلا ريب قد قيد حرية الأولياء عند توثيق العقد ، إذ أنه في سبيل تنفيذ أحكامه منع الموثقون من توثيق العقد إلا إذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ست عشرة سنة ، وسن الزوج لا يقل عن ثمانى عشرة (١) .

ولقد كان الحكم الجوهري في ظاهر القانون ألا تسمع الدعوى إذا كانت سن الزوجين وقت الإنشاء دون هذه السن المحددة ، ولو كانت عند التقاضى لا تقل عن هذه السن ، ولكن روى في قانون المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٣١ أن يكون التقيد بهذه السن عند التقاضى ، لا عند الإنشاء ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما نصه :

« كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كان سن الزوجين وقت العقد أقل

(١) أصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٥٨ المؤرخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستئناف من استيفاء شروط السن ، وخلاصتها (١) أن الدين لا يشترط في بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون الوثيقة الخاصة بزواجهم من غير طلب شهادة بسنهم ، وينس في الوثيقة على ذلك . (ب) وأن من يشترطه في حقيقة سنهم تقدم شهادة ميلاد دليلاً ، أو شهادة طبيب واحد ، أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازماً كإعلام رفع الوصاية ، وإن لم يكن شئ من ذلك فلا بد من شهادة اثنين ممن لهم معرفة الزوجين . هذه خلاصة المنشور ، وترى فيه أن يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلوغ السن ، فتكتب الوثيقة بمهادتهما ، ولقد كان بعض اليهود يكذب ، فيذكر سناً غير صحيحة ، واختلف في اعتبار ذلك تزويراً في وثيقة رسمية حتى أصدرت محكمة النقض حكماً لم تعتبره تزويراً في ورقة رسمية إذ كان الكذب في غير موضوع الورقة الرسمية ، وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ، ونس على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن في وثيقة الزواج ، وجاء في مادته الثانية « يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين ، وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين بالسن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق ، ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون » .

من ست عشرة سنة للزوجة ، وثمانى عشرة سنة للزوج ، سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد ، فرؤى تيسيراً على الناس . وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة ، وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحدودة .

وقد بنى ذلك القانون على أمرين :

(أحدهما) أن لولى الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وبمقتضى ذلك الأصل منع ولى الأمر القضاء من سماع دعوى الزوجية أو أى أثر من آثارها المبنية فى الدعوى على الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين وقت التقاضى دون السن المحدودة .

(ثانيهما) ما قرره عثمان البقى وابن شبرمة وأبو بكر الأصم من أن زواج الصغار لا يصح ، لأنه لا ولاية لأحد عليهم فى الزواج ، إذ الولاية فى الزواج تثبت على المولى عليه لأجل حاجته ، ولا حاجة عند الصغار ، إذ هو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، وقد بينا ذلك الرأى فى صدر كلامنا فى ولاية الإيجاب .

بيد أن القانون لم يسر فى مسار هؤلاء الفقهاء ، لأنه لم يتعرض لصحة الزواج ، بل اتجه فقط إلى سماع الدعوى . بينا رأى أولئك يتجه إلى بطلان العقد كما بينا ، لعدم وجود الولاية ، وإنما اتجه ولى الأمر فى مصر ذلك الاتجاه ليكون قانونه فى الجملة متلائماً مع رأى جمهور الفقهاء معتمداً على أصولهم ، فاكتمت بمنع سماع الدعوى . حيث لا يكون متبعاً لغرائب الفتاوى التى تعد شاذة عند جمهور العلماء .

ولقد ضيق النظام . فمنع ضبط عقد الزواج إذا لم يكن متفقاً مع شروط سماعها وسد باب الكذب والتزوير بوضع العقوبات الرادعة المانعة . وبلا حظ أن منع السماع لعدم بلوغ السن غير مقيد بحال الإنكار ، بل

ثبت المنع سواء أكان في حال إنكار أم تصديق ، كما يلاحظ أنه لا تزال ثمة ثغرة يمكن بها المخالفة ، وذلك بإنشاء عقد الزواج غير موثق ، إذا كانا غير بالغين هذه السن ، ثم يترافعان عند بلوغ السن بأثر من آثار الزواج ، ويتصادقان على الزواج ، فيكون التصديق وثيقة رسمية ، ولكن من النادر أن يقدم أحد على ذلك ؛ لأنه عقد له خطره فلا يقدم عليه أحد إلا في نور ، لا ظلام فيه .

١٥١ — شروط الولى : يشترط في الولى أن يكون كامل الأهلية ؛ لأن فاقد الأهلية لا عبارة له - بل عبارته ملغاة ، وناقص الأهلية ليست له ولاية تزويج نفسه ، فأولى ألا يملك تزويج غيره ، وعلى ذلك يجب أن يكون الولى عاقلاً بالغاً حراً - ويشترط اتحاد الدين بين الولى والقاصر ؛ لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لا ولاية للمسلم على غيره ، ولأن الزواج عقد ديني ، فيجب أن يكون متوليه على دين القاصر ، ولأن الولاية في الزواج تتبع التوريث بالتعصيب ولا ميراث بين المسلم وغيره .

١٥٢ — وهل تشترط العدالة في الولى ؟ قال أحمد والشافعي في أحد قوليهما ليس للفاسق ولاية التزويج ، لما روى من أنه لا نكاح إلا بولى مرشد ، وشاهدى عدل ، وليس الفاسق بمرشد ، فلا يكون ولياً .

وقال أبو حنيفة ومالك ، وأحمد والشافعي في قولين آخرين لهما : إن الفاسق لا تسلب منه ولاية التزويج ، لأن الخطاب عام لكل المكلفين بتزويج من في ولايتهم مثل قوله عليه السلام : (زوجوا بناتكم الأكفاء) وهو يشمل الفاسق والعدل ، ولأن الولاية للمصلحة وسببها الشفقة ، وهما أمران متوافران في الفاسق ، فلم يحرم التقدير ، ولم تنكسر عليه الشفقة ، وقد انعقد إجماع الناس من لدن عهد النبي في كل العصور على عدم منع الفاسق العاقل من تزويج أولاده وبناته .

ولاية الاختيار

١٥٣ - ولاية الاختيار أو الشركة تكون على البالغة العاقلة ، مهما تكن درجتها من الرشد ، وقد أثبتتها الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، وأثبتها الزيدية ، ورواية عن أبي يوسف ، ولم يثبتها أبو حنيفة مع صاحبه أبي يوسف في الرواية المشهورة عنه . وأساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها ، بل لوليها سلطان معها ، فهما شريكان في زواجها ، لا ينفرد دونها بالزواج ، ولا تنفرد به بل تشتركان ، ويتولى هو الصيغة ، لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد ، ولا ينعقد بعبارةهم قط ، وإن كان لا بد من رضاهن .

وخالف كما ذكرنا أبو حنيفة وأبو يوسف سائر الفقهاء ، وقالوا للمرأة أن تنفرد باختيار الزوج من غير إشراك وليها ، ولها أن تنشئ العقد بعبارتها ، وهو ينشأ بعبارة النساء صحيحاً ، ولكن يسحب أن يتولى ذلك وليها ، وأن يكون عنه راضياً ، وقد استدل لرأيه (١) بأن النكاح أسند إليها في القرآن ، فقد قال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجاً غيره » ، فقد أسند إليها العقد . فصحح أن تتولاه بنفسها ، وقال تعالى : « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ، فأسند النكاح إليهن ، وعند منعهن من تولى العقد ظلماً وعضلاً ، فصحح أنهن يتولين صيغة العقد .

وهذه نصوص تثبت صحة العقد بصيغة المرأة ، وهو أحد شطري الدعوى التي أنكرها الجمهور ، وادعوا تقيضها ، وأما الشطر الآخر ، وهو أن النساء لا يجب أن يشتركن معهن وليهن في أمر زواجهن ، فحجته ماورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها ، وأن ليس لأحد عليها سلطان مادامت لم تتخز غير كفاء ، فقد ورد أن النبي ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والأيم من لا زوج لها بكرأ كانت أو ثيباً .

وإن القياس يوجب انفرد المرأة بأمر زواجها من وجوه :
(أحدها) أن لها أن تتولى أمر مالها ، وليس لأحد عليها سلطان.
في شأنها . ولا فرق بين الأمرين ، لأن العلة هي كمال الولاية ، وقد سوغ
لها التصرف المالى الذى قد يكون موضع الحرج مع العقل ، فبالأولى يسوغ
لها الزواج .

(وثانيها) أن البلوغ مع العقل كاف لإثبات ولاية الزواج كاملة بالنسبة.
الشاب . فتثبت الولاية كاملة بالنسبة للفتاة .

(وثالثها) أن الولاية إنما تكون حيث الحاجة إليها ، بسبب عجز العقل.
عن إدراك الأمور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ؛ ولو كانت اختيارية.
أو اشتراكا في اختيار الزوج .

واستدل الجمهور لإثبات دعوائهم بأن المرأة ليس لها أن تتولى الزواج ،
بأن القرآن الكريم أضاف لإنشاء العقد إلى الأولياء في قوله تعالى :
« وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا »
والإنكاح هو تولى إنشاء العقد . وإن هذا العقد لكمال خطره لا يتولاه
النساء ، وعرف الناس جرى على ذلك .

وأما لإثبات الشطر الثانى من الدعوة ، وهو أنه لا بد من إذن الولي
واشتراكه في الاختيار ، فهو قوله ﷺ : أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن.
وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، وإن دخل بها . فالمر لها بما أصاب منها ،
فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، وفي معنى هذا الحديث آثار كثيرة.
وإن المصلحة في ذلك لأن عقد الزواج عظيم الخطر ، والرجال صناديق
مغلقة لا تعرفهم النساء المعرفة الحق ، لأنهم ملتزمات أخذارهن ، والبرزات
منهن يؤثر فيهن الحس ، فيسرن في أحكامهن وراعه ، ولا ينظرن إلى ما يختص
ولذلك كان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في اختيار زوجها ، فإنه يختبر
ويبحث من غير أن يستهوية منظر أو مظهر ، وإن ذلك العقد الخطير يعود.

على الولي بالعار ، أو الفخار ؛ لأن الزواج ربط بين أسرتين . والولي يؤذيه زواجها من خسيس ويشرفه زواجها من شريف ، فلم يكن لها أن تستبد بالعقد . وليس عقد الزواج كالعقود المالية ، لأن خطرها ليس كخطره ، ولأن التخلص من آثارها سهل والغبن فيها لا يؤثر في سير الحياة واتجاهها ، وليس هناك ناحية استهواء يضل فيها الفكر ، كالشأن في علاقة النساء بالرجال^(١) .

هذا هو الخلاف بين أبي حنيفة وجمهور الفقهاء ، هم يرون أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ، وأن المرأة ليس لها أن تنفرد باختيار زوجها من غير رضا وليها ، وأبو حنيفة يرى أن لها أن تنفرد من غير أن تشرك وليها في أمر زواجها ، وأن عبارتها تنشئ العقد ، وقد توسط أبو ثور من أصحاب الشافعي فقال : إن المرأة ليس لها أن تنفرد من غير اختيار وليها ، بل لا بد من رضاه ، وإن رضى فلها أن تعقد هي العقد .

والحق أنه إن كان راضياً بالزواج يندر بل يبعد أن تتولى هي صيغة العقد إنما يتصور لإنشاؤها العقد ، إن كانت مراغمة له . ولم تلتفت إلى رضاه .

١٥٤ — أجاز أبو حنيفة للمرأة أن تزوج نفسها . ووافق الإمامية أبا حنيفة في الجواز ولم يوافقوه في كل ما اشترطه في الكفاءة ، فهو قد شدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره . فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها ، فقد احتاط لحق وليها ، فاشتراط الكفاءة للزوم العقد بالنسبة للولي

(١) ذكر القرافي في فروقه وجوها في الفرق بين الزواج والتصرفات المالية بالنسبة للمرأة منها : (١) أن الأضرار أشد خطراً ، والأموال خسيسة بالنسبة لها مهما عظمت قيمتها فناسب في الأضرار بالنسبة للمرأة أن يشترط وليها معها . (٢) وأن الأضرار يعرض لها تحكم الهوى الذي يغطي عقل المرأة ، ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى والشهوة القاهرة (٣) وأن المفسدة إذا حصلت في الأضرار بسبب زواج غير الكفاءة حصل الضرر وتمدى الأذى إلى الأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ، وإذا حصل الفساد في الأموال لا يكاد يتمدى المرأة . . وقد سئل بعض الفضلاء عن المرأة تزوج نفسها ، فقال : « المرأة محل الزلل ، والعار إذا وقع لم يزل » . ملخص عن الفروق .

أو صحته كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل ، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولي في أنهم احتاطوا لحق الولي ، فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ، ليكون كما يريد . وأبو حنيفة أعطاهما الحرية ، واحتاط لحق الولي ، فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل ، وجعل العقد غير صحيح ، إن لم يكن الزوج كفتاً ، أو للولي حق الاعتراض على اختلاف الروايات ، فهو حد حق الولي ، وهم أطلقوه ، وهو لم يجعل له سلطاناً عند الإنشاء ، وهم جعلوا له ذلك السلطان .

وإذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فقد قلنا إن أبا حنيفة يجعل للولي حق الاعتراض حتى يبلغ مهر المثل أو يفسخ العقد ، لأن الأولياء يعيرون إذا كان المهر دون مهر مثلها ، وقال أبو يوسف ليس للولي الاعتراض ، لأن ذلك ليس موضع عار ملازم ، ولأن لها الإسقاط مهما تكن التسمية ، فلا جدوى في الاعتراض ورفعته إلى مهر المثل ، ثم إسقاطه بعد ذلك

وإذا زوجت نفسها من كفاء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولي حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسداً ، إذا كان لها ولي عاصب ، وقد رجح ذلك صاحب فتح القدير . لأنه ليس كل واحد يرفع الأمر إلى القضاء ، وليس كل قاض يقضى بيسر من غير مشقة ، وقد يدخل بها في أثناء ذلك ، فيكون منه الولد ، فلا يرفع عار ولا ترجى مصلحة وقال بعض الفقهاء : له الاعتراض ، حتى تلد ، وألحق بعضهم الحمل

الظاهر بالولادة .

وقد قال أبو حنيفة إنه يستحب أن يزوج البالغة العاقلة وليها ، وأنه لا بد من رضاها باتفاق الفقهاء . فإذا استأذنها فرضيت أنشأ العقد بتوكيلها . وإن لم ترض لا ينشأ العقد نافذاً بالاتفاق والرضا دلالة يكتفي ، ومن الرضا دلالة سكوت البكر إذا علمت الزوج والمهر من الولي ، لأنها تستحي أن تعلن القبول ، ولا تستحي أن تعلن الرفض ، ولأن النبي ﷺ قال في البكر : « إذنها صماها » .

الوكالة في الزواج

١٥٥ — من القواعد المقررة أن من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه إن كان في ذاته يقبل الإنابة ، وعقد الزواج يقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه ، فيملك صاحب الشأن أو وليه أن يوكل فيه ، ويصح من الرجل والمرأة على سواء عند أبي حنيفة ، لأنه يجوز لها أن تنشئ العقد بنفسها ومن يتولاه يكون وكيلها عنها إذا كانت بالغة عاقلة ، وعند جمهور الفقهاء وليها ^(١) يتولى عنها من غير توكيل ، إذ هو الذي يملك لإنشاء العقد ، وإن كان لا بد من رأيها ، فلا حاجة إلى توكيلها ، إنما الحاجة إلى رضاها .

ولا حاجة في التوكيل إلى شهادة ، لأن التوكيل ليس جزءاً من عقد الزواج ^(٢) ولكن تستحسن الشهادة حتى لا تجرى مشاحة في صفة العاقد .

والتوكيل يجوز مطلقاً ومقيداً ، لأنه كسائر العقود غير اللازمة يجوز تقييده بكل شرط ، سواء أكان التقييد في الطرف الآخر . أم كان التقييد في المهر . فالتقييد في طرف الشخص الآخر ، كأن يوكله بالتزويج من امرأة معينة ، أو من أسرة معينة ، أو قبيلة معينة ، أو توكله بالتزويج من شخص معين ، أو بالقيود السابقة ، والتقييد في المهر يكون بذكر مقدار معين .

والمطلق لا يذكر الموكل فيه قيداً لا في الشخص ^(٣) ولا في مقدار المهر . وإذا قيد الوكيل بشخص بعينه ، أو على مهر مقدر بمقدار معلوم ، فلا تجوز المخالفة ، فإن وافق العقد إرادة الموكل نفذ العقد ، وإن خالف

(١) قال بعض الشافعية لأنه لا حاجة إلى توكيل الأب والجد ، وغيرها لا بد من التوكيل له

(٢) روى عن الحسن بن صالح أنه لا بد من شاهدين .

(٣) منع بعض الفقهاء صحة التوكيل المطلق ، لعدم تعيين محل العقد ، والفرز والمجهالة .

إرادة الموكل من التقيد كان العقد موقوفاً ، فإن أجازته الموكل نفذ ، وإن لم يحزه بطل ، لأن العاقد كان فضولياً ، إذ خرج عن حدود الوكالة .

وعلى ذلك إذا قيد الزواج من شخص يكون فضولياً إن زوجها من غيره وكذلك إذا كان الموكل هو الزوج ، وإذا كان الموكل هو الرجل ، وقيد الوكيل بمهر معين ، فلا ينفذ العقد إذا زوجه بأكثر ، لأنه يكون فضولياً وإن تعهد الوكيل بالزيادة والتزم أن يؤديها ، إذ ليس كل شخص يقبل منه العطاء . وخصوصاً في مهر زوجته ، وإن زوجه بأقل مما يقدر لا يكون العقد موقوفاً ، لأنه يوافق إرادته وإن لم يكن بما سمي ، لأن من يرضى بالكثير يرضى بالقليل ، فالمخالفة صورية لم تخالف فيها الإرادة الحقيقية ، وإن كان مصراً على الكثير ، فليزده إن أراد .

وكذلك الحكم إن قيدت المرأة الوكيل بمهر معين ، وخالف إلى أقل لا ينفذ العقد ، وإن خالف إلى أكثر ينفذ ، ولا يكون فضولياً لأنها إن رضيت بالقليل ترضى بالكثير ، فلم يخالف إرادتها ، وإن خالف لفظها وإذا كانت مصرة على القليل فلتسقط الزيادة إن أرادت^(١) .

١٥٦ — وإن كان التوكيل مطلقاً بالنسبة للشخص ، أو بالنسبة للمهر أو بالنسبة لهما معاً ، فهل يتقيد الوكيل بالكفاءة والسلامة ومهر المثل ؟

إن كان الموكل هو الرجل ، فقد قال أبو حنيفة لا يتقيد الوكيل بالكفاءة ولا بالسلامة ولا بمهر المثل ، وقال صاحبان يتقيد بالكفاءة والسلامة عند الإطلاق ، ويتقيد بمهر المثل ، ولا يزيد إلا بما يتغابن فيه الناس عادة . فعند عدم تعيين الزوجة بأن كان الإطلاق فيها فقط ، فأبو حنيفة يقول له أن

(١) إذا حصلت مخالفة للصروط التي قيدت بها الوكالة ولم يعلم الموكل بالمخالفة ، فإن العقد يستمر موقوفاً ولو حصل دخول ، فإن علم وأجاز اعتبر الدخول في عقد صحيح ، لأن الإجازة جملة نافذة من وقت صدوره ، وإن لم يجوز بطل العقد ، واعتبر الدخول دخولا في عقد فاسد قويب الشبهة فيه ، ويجب مهر المثل لا يتجاوز المسمى . ولا يثبت نفقة .

يزوجه بالسليمة والمعيبة بعور أو عرج ولو كانت مقعدة أو شلاء ، كفتا كانت أو غير كفء ، وعند إطلاق المهر يزوجه بمهر المثل وبزيادة يتغابن في مثلها أو لا يتغابن ، وذلك لأن التوكيل مطلق ، ومقتضى الإطلاق أن يزوجه بمن ينطبق عليها اسم المرأة ، ولا موجب للتقييد بامرأة دون الأخرى إذ لا دليل يوجبها ، ومن الناس من يرغب في غير المكافئات في النسب ، لأنه يرى فيهن تطامنا وطاعة لا يراها في ذات النسب فيكون ذلك مرغبا له فيهن .

وقال الصاحبان إن اللفظ وإن كان مطلقا فالعرف يقيده ، لأن طالب الزواج يطلب أكمل امرأة تليق به ، ولا يطلب أبعد النساء عن الملاءمة فيجب أن ينصرف اللفظ إلى ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الكفء السليمة ولأن من يوكل غيره في أمر زواجه إنما يستعين برأيه ، فإن فرض إليه فإنما يفرض أمره إلى ثقة . وثق بحسن اختياره . وهذا يقتضي أن يكون التوكيل مقيدا في المعنى بالكفاءة والسلامة ، وكذلك يفسر الإطلاق في المهر ، فإن العرف يقيده بمهر المثل لا يزيد .

ولإذا كان التوكيل من جانب المرأة ، فإن كان الموكل وليها ، أو هي . وإذا كانت بالغة عاقلة ، فهل تقيد الوكيل بالكفاءة ومهر المثل عند الإطلاق فيهما ؟ إذا كان الولي هو الموكل ، وهو يملك التزويج بغير كفء وبأقل من مهر المثل كالأب والجد . ففي هذه الحال يملك الوكيل التزويج من غير قيد الكفاءة ومهر المثل عند أبي حنيفة لأن الوكيل يستمد السلطان من الموكل فهو على قدر سلطانه . وإذا كان الولي لا يملك الزواج إلا بقيد الكفاءة ومهر المثل فبالاتفاق يكون الوكيل مقيدا بهما (١) لأن موكله لا يملك غير ذلك ، وإذا كانت البالغة العاقلة هي التي وكلت ولها ولي عاصب فإن الوكيل مقيد بالكفاءة لأن تزويجها نفسها من غير كفء غير صحيح على القول الراجح ، فيكون

(١) ومثل ذلك إذا كان الموكل هو ولي الزوج إذا كان لا يملك للتزويج إلا بالكفاءة ومهر المثل ، فبالاتفاق لا يملك الوكيل إلا ما يملكه الولي الذي وكله .

الوكيل مقيداً بالكفء لأنه يملك ما تملك هي فقط ، وإن لم يكن لها ولى عاصب فقد اختلفت عبارات الكتب ، وظاهر عبارة البدائع أن الخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى هنا .

فأبو حنيفة يجعل الوكيل غير مقيد ، وأبو يوسف يجعله مقيداً ، ولكن ظاهر عبارة فتح القدير أن أبا حنيفة يقيد الإطلاق بالكفاءة ، ويفرق بين الرجل والمرأة بأن المرأة تعبر بغير الكفء فيتقيد إطلاقها بخلاف الرجل فإنه لا يعبر ، فلا تكون الكفاءة قيداً عند إطلاقه لفظ التوكيل^(١) وعلى ذلك إذا زوجها من غير كفء فبالاتفاق يكون الزواج موقوفاً على إجازتها على منهاج صاحب فتح القدير ، وهو نظر سليم .

هذا بالنسبة للكفاءة إذا كان الموكل هو البالغة العاقلة ، أما بالنسبة للمهر فالخلاف بين الإمام والصاحبين يجرى ، فالإمام سار على أن التوكيل مطلق لا يوجد ما يقيد ، والصاحبان يريان أن هناك ما يقيد ، وهو العرف ، وأن الاستعانة بالوكيل للمصلحة الظاهرة ، وهي تكون بالزواج بمهر المثل ، ولا ينقص ، وقال : قال ابن عابدين في ذلك : وإن لم يذكره (أى المهر) فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس ، أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده ، خلافاً لهما ، لكن الأولياء حق الاعتراض في جانب المرأة دفعاً للعار عنهم .

وعلى ذلك إذا زوجها الوكيل عند الإطلاق في المهر بأقل من مهر المثل بغبن فاحش فعند الصاحبين يكون موقوفاً على إجازتها ، وعند أبي حنيفة يكون نافذاً ، ولكن لا يكون لازماً بالنسبة للولى العاصب إن كان ، فله الاعتراض حتى يرفع إلى مهر المثل ، أو يفسخ العقد .

(١) وأما سلامة الزوج من الإيوب فإن الخلاف يجرى فيها بين الإمام وصاحبيه في كل الصور التي يكون التوكيل فيها من جانب المرأة ، سواء أكان الموكل الولي أم المرأة البالغة العاقلة .

١٥٧ — وفي حالة الإطلاق هل للوكيل أن يزوج من نفسه ، أو من هو في ولايته أو من لا تقبل شهادته له ؟

لقد اتفق فقهاء المذهب الحنفي على أن الوكيل في حالة الإطلاق ليس له أن يزوجها من نفسه ، ولا من هو في ولايته ، لأن من يوكل شخصاً في عقد ، لا يفهم من التوكيل عادة أن العقد يكون معه ، بل يكون مع عاقد آخر ، ولأن الإطلاق يقتضى أن يكون الطرف الآخر غير معلوم ، إذ لو كان معلوماً لنص عليه ، فلو كان للموكل إرادة في الزواج من الوكيل أو من في ولايته ، وهم معلومون له لذكر ذلك ، ولم يطلق .

أما تزويج الوكيل عن لا تقبل شهادتهم له ، وهم أصله وفرعه ، فعند الإطلاق يرى أبو حنيفة أنه ليس له أن يزوج واحداً من هؤلاء ، لأنهم في محاباتهم ، ومكان التهمة مستثنى عند التوكيل ، سواء أكان كفوياً وبمهر المثل أم لم يكن ، وقال صاحبان إن الوكيل له أن يزوج من هؤلاء مادام من كفو وبمهر المثل ؛ لأن التهمة تنتمي بتوافر هذين الأمرين .

١٥٨ م — والوكيل في عقد الزواج سفير ومعبّر لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، فلا يطالب بالمهر ، إن كان وكيل الزوج . ولا يتسلم المهر إن كان وكيل الزوجة ، ولا يضمن شيئاً مما يتعلق بذلك ، إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة من جانبه ، والوكيل كذلك لا يقبض المهر ، كما ذكرنا إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، وقبضه في هذه الحال بتوكيل آخر غير توكيل الزواج وهو التوكيل بالقبض ، وقد قالوا إن من الإذن بالقبض دلالة أن يقبض الأب أو الجد المهر ، وتسكت البنت البكر الرشيدة عن المطالبة به عند العقد ، فإنه في هذه الحال يعتبر قبض الأب أو الجد قبضاً منها ، وتبرأ ذمة الزوج ، وليس لها أن تطالب من بعد ؛ لأن سكوتها ، وهي ترى وكيلها هذا يقبض وتركها المطالبة وقت العقد اعتبر رضا منها بقبضه ، ولأن الظاهر

أنها ترضى بقبض الأب والجد ، لأن كليهما يقبض مهرها فيضم إليه أمثاله ،
ويجهزها به ، ولأن العرف جرى على أن هذين الوكيلين في حال توليها
العقد يقبضان المهر .

وإن كانت الموكلة ثيبا ، أو كان الوكيل في العقد غير الأب والجد ،
فلا يعد السكوت رضا ، ولا بد من الإذن الصريح ، ولا تبرأ ذمة الزوج
بتسليم الوكيل ؛ لأن السكوت في جانبها لا يعد رضا ؛ إذ هي لا تستحي
من الإذن الصريح .

الكف - اءة

١٥٩ - ذكرنا أن الكفاءة في الزواج شرط لصحة الزواج عند أبي حنيفة إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها ، ولها ولي عاصب لم يرض بالزواج قبل العقد ، وذلك على رواية الحسن بن زياد ، وعلى ظاهر الرواية هي شرط لزوم بالنسبة للولي ، ولها أحياناً . ونريد هنا أن نبين معنى الكفاءة ومواضعها وما تعتبر فيه .

والكفاءة في أصل معناها في اللغة المساواة ، والمراد بها في النكاح المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية ، وقد اختلف الفقهاء في هذه الأمور ، وهي عند الحنفية ^(١) المعمول بمذهبهم في مصر ستة أمور : هي النسب ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة ، على اتفاق في بعض هذه الأمور ، واختلاف في بعضها ، ولنذكر ذلك بقليل من التفصيل .

١٦٠ - النسب : قد اتفق أئمة المذهب الحنفي على أن الكفاءة في النسب معتبرة عند العرب . وعلى أن غير العربي ليس كفئاً للعربية . والقرشي كفء لكل عربية . ولو كانت هاشمية . ولكن روى عن محمد رضى الله عنه أنه

(١) يلاحظ أن الكرخي من المجتهدين المخرجين في المذهب الحنفي لم يعتبر الكفاءة في حال من الأحوال أو أمر من الأمور ، مستدلاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بني بياضة أن يزوجوا أبا هند ، وهو حجام ، وبأن بلال رضى الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه فقال صلى الله عليه وسلم : « قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » ، ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وأن الكفاءة لو كان لها في المصراع اعتبار لسكان أولى بها باب الدماء ، لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط في سائر الأبواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالعريف يقتل بالوضيع ، فيها هنا أولى ، وقد قل مثل هذا القول سفيان الثوري .

استثنى بيت الخلافة . وكان هاشمياً عباسياً . فلم يجعل كفوً للنسائه إلا الهاشمي .
وليس كل عربي كفوً للقرشية . وقد أخذوا ذلك مما روى عن النبي ﷺ
أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن يطن . والعرب بعضهم أكفاء
لبعض . قبيلة بقبيلة . والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » (١) .

وهذا الخبر إن صح يدل على ثلاثة أمور :

(أولها) أن الأعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب ، والتفاضل بينهم بالرجولة
أو الإنسانية وحدها .

(ثانيها) أن الأعجمي ليس كفوً للعربي ، وأن القبائل العربية متكافئة
فيما بينها ما عدا قريشاً .

(ثالثها) أن قريشاً بعضهم أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب كفوً لهم .
والسبب في اعتبار الكفاءة بالنسب عند العرب هو جريان التفاضل بينهم
بالأنساب ، واستحفاظهم عليها ، وتعميرهم من تزوج مما دونها نسباً ، ولا تندمج
الأمرتان مع ذلك التفاوت .

ويحذر بنا أن ننبه هنا إلى أمرين :

(أحدهما) أنه روى عن أبي يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر
بفضل علم أو أحرز من الفضائل ما يرفع مكانته عند الناس يصير كفوً للقرشية
بل الهاشمية ، وقد أخذ بذلك في المذهب الحنفي ، ولذلك تقرر فيه أن العالم
الأعجمي كفء للعربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق النسب .

(ثانيهما) أنه روى عن الشافعي رضى الله عنه . وعليه أكثر أصحابه
من بعده أن الكفاءة معتبرة في أنساب الأعجم فيما بينهم . والأمر فيه إلى عرفهم ،
قياساً على اعتبار عرف العرب . وأن للعجم أو على الأقل لبعضهم عرفاً في

(١) تمكلموا في سند هذا الحديث ، واقد جاء في نيل الأوطار « لم يثبت في اعتبار
الكفاءة حديث صحيح » .

النسب . فيلاحظ عرفهم كما لاحظنا عرف العرب . وإن ذلك الرأى هو الرأى المعقول ما دام الأساس فى الكفاءة هو العرف . وبعض الأعاجم يعنون بأنسابهم كأشرف الإنجليز مثلاً . فيجب أن تعتبر الكفاءة فيما يذم إن أسلبوا . كما اعتبرت عند العرب .

١٦١ — الإسلام : وهو يعتبر عند الموالى فقط ؛ لأنهم بعد إسلامهم صار نفهم فى الإسلام ، وهو شرفهم ، ويقوم عندهم مقام النسب . يروى أنه قد تفاخر جماعة من العرب بأنسابهم « وسلمان الفارسى معهم ، فقالوا لسلطان : ابن من ؟ فقال رضى الله تعالى عنه : ابن الإسلام ، فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه ، فبكى وقال : « وعمر ابن الإسلام » .

ولذا كان نفهم بالإسلام ، فمن أسلم أبوه وجده كفء لمن لها آباء فى الإسلام ومن له أب واحد كفء لمن لها أب ، وليس كفئاً لمن لها أبوان . ومن أسلم بنفسه ليس كفئاً لمن لها أب فى الإسلام . ولقد اكتفى أبو يوسف بإسلام الأب فاعتبر من له أب واحد فى الإسلام كفئاً لمن لها آباء . وذلك لأن التعريف عنده يكون كاملاً بذكر الأب . فمن له أب واحد فتعريفه كامل بالإسلام . فيكون كفئاً لمن لها آباء . وأما الطرفان فالتعريف عندهما لا يكمل إلا بالأب والجد . فلا يكون تعريفه بالإسلام كاملاً . إلا إذا كان أبوه وجده مسلمين .

١٦٢ م — الحرية : وهى معتبرة كالكفاءة فى الإسلام عند الموالى فقط ؛ لأنه لم يقبل من العربى إلا الإسلام أو القتل . والأصل فى اعتبارها أن الرق يجلب عاراً أكثر مما يجلبه سوء النسب . ويلاحظ فيها ما يلاحظ فى الكفاءة فى الإسلام . فالمعتق ليس كفئاً لمن لها أب فى الحرية . ومن له أب فى الحرية ليس كفئاً لمن لها أبوان . ومن له أبوان كفء لمن لها آباء . ويقول أبو يوسف : من له أب واحد فى الحرية كفء لمن لها آباء . لأن كمال التعريف عنده بالأب كما علمت .

١٦٣ — المال: والمراد بالكفاة فيه أن يكون قادراً على المهر والنفقة لأن من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفئاً لها ، إذ المهر حكم من أحكام العقد ، ومن لا يكون قادراً عليه لا يكون قادراً على تكليفاته ، تندفع بها حاجتها ، وهى إليها أحوج منها إلى نسب الزوج ، وروى عن أبى يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاة فى المال ، إنما الشرط القدرة على النفقة ، لأنها هى التى بها دوام العقد واستمراره غالباً ، أما المهر فقد يكون قادراً عليه بقدرة أبيه أو أمه أو جده أو جدته أو غيرهم . من جرت عادتهم بإهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ؛ وروى عن أبى يوسف أيضاً أنه اكتفى بأن يكون قادراً على ما جرى العرف بتعجيله . وقدرته فى النفقة تكون إذا كان كسواً ، ولو كان لا يكتسب إلا ما ينفق منه يوماً بيوم^(١) .

وهذه هى الكفاة فى المال ، وهناك كفاة تسمى الكفاة فى الغنى أو اليسار ، وهى أن يكون قريباً منها فى ثروتها إذا كانت ذات ثروة وغنى بين وقد اختلف فيها فقهاء الحنفية ، فبعضهم يعتبرها^(٢) ، وبعضهم لا يعتبرها ، ووجهة من اعتبرها ما تعارفه الناس من المفاخرة بكثرة المال ، وأن الغنية العظيمة الغنى تنضر من عشرة من لا يقار بها ثروة ، وما دامت الكفاة تقوم على العرف يجب اعتبارها ، وروى أن عائشة رضى الله عنها قالت :

(١) اختلفت عبارات الكتب بالنسبة للقدرة على المهر والنفقة ، أما المهر ففى الهداية والفتح أن القدرة فى المهر تكون بالقدرة على المعجل ، وعبارتهما تفيد أن ذلك رأى أئمة المذهب ، لا رأى أبى يوسف وحده ، وفى البدائع أن القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ولكن يستظهر أنه يكتفى بالقدرة على المسمى إذا كان أقل من مهر مثلها ، وجازت القسمية ، أما فى النفقة فنيل ما قاله أبو يوسف ، وهو المدقول ، وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة أشهر ، وقيل سنة ، وقيل لأن كان من ذوى الحرف تكون القدرة بكونه كسواً وإن لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة على نفقة شهر .

(٢) ذكرت الهداية أن الكفاة فى الننى رأى أبى حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الأصول ، لأن ما فى المبسوط والمتون يخالفها .

« رأيت ذا المال مهيباً ورأيت ذا الفقر مهيناً » وقالت إن أحساب ذوى الدنيا بنيت على المال .

والأصح في المذهب أن الكفاءة في الغنى غير معتبرة ؛ لأن الكفاءة تكون في الأمور التي لا تقبل الزوال . أو لا يمكن تنفيذ أحكام عقد الزواج بدونها ؛ والغنى ليس من الأمور التي لا تقبل الزوال ؛ لأن الغنى قابل للزوال ؛ إذ المال غاد ورائح ، فغنى اليوم قد يكون فقيراً غداً ؛ وليس في عدم الغنى ما يمنع تنفيذ أحكام النكاح ؛ إذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام النكاح كان في الكفاءة في المال ؛ فيكتفى بها .

١٦٤ — الديانة : والمراد بالديانة تدين المرأة وصلاحها ، فالفاسق ليس كفتناً للصالحة بنت الصالح ، فإن كان أبوها فاسقاً ، أو كان الأب صالحاً . وهي ليست كذلك . فالفاسق كفء لها بالاتفاق .

واختلف النقل عن أئمة المذهب الحنفى في اعتبار هذا النوع من الكفاءة^(١) وأصح الروايات أن محمداً يرى اعتبارها . إلا أن يكون الفاسق مهيباً ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ولم يعتبرها أبو حنيفة مطلقاً . لأن الفسق قابل للزوال . وقال ذلك القول أبو يوسف إلا إذا كان الفاسق يجر بفسقه بين الناس . ولا يخفيه . ففي هذه الحال لا يكون كفتناً للصالحة بنت الصالح وهذا ما ذكره السرخسى في المبسوط . والهداية تسند القول باعتبارها إلى الشيخين .

وحجة محمد في اعتبارها بإطلاق ، أن الصلاح من أعلى المفاخر . والمرأة تعير بفسق زوجها . والفسق يخل بأحكام الزواج .

١٦٥ م — الحرفة : ومعنى الكفاءة في الحرفة أن تكون حرفة الزوج مقارنة لحرفة أبي الزوجة وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة أبو يوسف ومحمد

(١) روى أن الأخذ بها مذهب الشيخين ، وروى أنها مذهب محمد وهو الأصح .

ولم يعتبره أبو حنيفة وروى عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة إلا أن تفحش كاللجام والدباغ . والسائق وغيرهم من ذوى الحرف التى تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات فى عرف الناس .

وإن من اعتبر هذا النوع من الكفاءة نظر إلى عرف الناس . إذ أن الناس ينفرون من الزواج بمن دونهم حرفة وخصوصاً إذا فحش الفارق بينهما كالأمثلة السابقة . وإذا كان العرف هو المعتبر فى الكفاءة ، فيجب أن تعتبر ونحن نميل إلى ذلك الرأى .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ أن الحرف أوصاف غير ملازمة ولا دائمة . فقد يرفع الله ذا الحرفة الخسيسة إلى أعلى منها والزمان قلب ، والله يعطى ويمنع ، وهو على كل شىء قدير .

١٦٦ — هذه هى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة فى المذهب . الحنفى . وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها لأن إمامه الأول أباحنيفة إذ أطلق حرية المرأة فى الزواج قد احتاط للولى بالتوسع فى معنى الكفاءة والتشدد فى اشتراطها ، لكيلا تسمى المرأة فى الزواج إليه .

ولنذكر كلمات موجزة تشير إلى المذاهب الثلاثة بالنسبة لهذا الموضوع . فذهب مالك الذى اعتبره ابن القيم روح الإسلام فى هذا المقام لم يعتبر الكفاءة فى النسب . ولا فى الصناعة . ولا فى المال أو الغنى . إنما الكفاءة فى التدين والتقوى . والسلامة من العيوب بأن يكون الرجل سليماً من العيوب الجسمية المستحكمة التى لا تمكن العشرة معها إلا بضرر وبالنسبة للحرية عن مالك روايتان : رواية تجعلها من الكفاءة فالعبد ليس كفتاً للحر ، ورواية لا تجعلها جزءاً من الكفاءة فالعبد كفء للحر مادام له من التدين والتقوى ما يرفعه إليها فلا عزة إلا بالتقوى . إن أكرمكم عند الله أتقاكم .

ولقد قارب المذهب الشافعى المذهب الحنفى . ولكنه زاد عليه بعض

الأمور ونقص بعضها . وشدد في بعض بما لم يشدد الحنفى فزاد على الحنفى السلامة من العيوب . ولم يذكر الكفاءة في المال . وذكر الكفاءة في النسب وكان فيها كالمذهب الحنفي تقريباً كما اعتبر كفاءة الإسلام قريباً بما اعتبر . واعتبر الكفاءة في الدين إلى حد ، وسماها الكفاءة في الفقه . واعتبر الكفاءة في الحرمة . وفي الحرمة . وشدد فيها بما لم يشدد الحنفى فن دخل الرق في أجداده ولو كانوا بعداء ليس كفناً لمن لا يعرف لها رق في جد أقرب من جدها الرقيق فمن كان جده الثالث رقيقاً . ليس كفناً لمن كان جدها الرابع رقيقاً . والباقون أحرار .

والراجح عند الشافعي أنه لا كفاءة في اليسار أو الغنى . وهي موضع خلاف ، والصحيح أنها ليست بلازمة .

والمذهب الحنبلي فيه روايتان عن أحمد : إحداهما أنه كالمذهب الشافعي ما عدا السلامة في الجملة ، والثانية أنه لا كفاءة فيه إلا في التقوى والنسب . فالروايات في ذلك المذهب قد اتفقت على اعتبار النسب والدين . واختلفت فيما عداها .

والزيدية لا يعتبرون الكفاءة والإمامية يعتبرونها في النسب أي النسب الرفيع والدين . سئل الإمام زيد بن علي زين العابدين عن نكاح الألفاء فقال : د الناس بعضهم أ كفاء لبعض عريهم وعجمهم وقرشهم وهاشمهم إذا أسلموا وآمنوا ، فديتهم واحد لهم مالنا وعليهم ما علينا . دماؤهم واحدة ودياتهم واحدة وفرائضهم واحدة . ليس لبعضهم على بعض فضل إلا بالتقوى ، وقد قال تعالى : د ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولبعد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ، فأذن للمؤمنين جميعاً العربي والعجمي أن ينكحوا بنات المؤمنين جميعاً عريهم وعجمهم إذا أسلموا : وقد تزوج زيد ابن حارثة وهو مولى زينب بنت جحش وتزوج بلال هالة بنت عوف أخت

عبد الرحمن بن عوف ، وتزوج رزيق مولى رسول الله ﷺ عمرة بنت بشر بن أبي العاصي بن أمية ، وتزوج عبد الله بن رزاج مولى معاوية بنت عمرو بن حريث ، وتزوج عمار بن ياسر أختا لعمر بن حريث ، وتزوج أبو مخذام بن أبي فكيهة امرأة من بني زهرة .

ولقد استدل لعدم الكفاءة بما يأتي :

(أ) قوله تعالى : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا .. إلى قوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، وروى الزهري أن هذه نزلت عند ما طلب مولى - إحدى بنات الأنصار فقالوا يا رسول الله أنزوج بناتنا موالينا - وهذا المولى هو أبو هند وكان مولى وحجاما .

(ب) قوله تعالى : « وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً » ، وقد استنبط منه البخاري مساواة بني آدم في الزواج وأردفه ببيان إنكاح أبي حذيفة مولى أبي حذيفة بن سالم بابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار .

(ح) ما روى عن ابن عمر أنه قال : الناس رجلان مؤمن تقي كريم على الله عز وجل ، وفاجر شقي هين على الله عز وجل ، الناس كلهم لآدم وآدم من تراب . ثم تلا قوله تعالى « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » .
(د) التساوي في الديات والدماء يدل على التساوي في الحقوق والواجبات .
(هـ) قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، تفيد أنه بعد الإيمان لا شيء يشترط .

(و) قوله عليه السلام : إذا أنا كم من ترضون دينه فأنكحوه لإتفعلوه .
تكن فتنة في الأرض وفساد كبير .

(ز) تزويجه عليه السلام الموالى بالقرشيات ، ولما تملك إحداهن نزل قوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً

أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ، . وقد ساق الذين أثبتوا الكفاءة أدلة منها قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما يأتي :

- ١ — العرب بعضهم أكفاء لبعض ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض .
 - ٢ — تخيروا لنطفكم ، وانكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم .
 - ٣ — لاتنكحوا النساء إلا الأكفاء ، ولا يزوجهن إلا الأولياء .
 - ٤ — قول عمر لا تمنع لذوات الإحساب فزوجهن إلا من الأكفاء .
- وإن الكفاءة في الحقيقة خاضعة للعرف عند العلماء الذين توسعوا في إثباتها ، وذلك لأنهم رأوا العقد اتفاقاً بين أسرتين ، فلا بد أن يكون بينهما من التقارب النفسى والإلف ما يمكن للحياة الزوجية من أن تبقى .
- ولم يشدد الأئمة الثلاثة وغيرهم في اشتراط الكفاءة في المال ، كما اشترط أبو حنيفة وأصحابه ، لأن المذهب الحنفى لا يجيز طلب المرأة التفريق للإعسار ، أو عدم الإنفاق ، والأئمة الثلاثة يجيزون لها ذلك ، فلم يكن ثمة تشدد في اشتراطها ، وشدد أبو حنيفة حتى تدخل المرأة الزواج عن بينة ، عالمة بأنه غنى أو فقير .

١٦٧ — الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة : الأصل في الكفاءة أنها

تشرط في جانب الرجل أى أنه يشترط أن يكون الرجل كفوً للمرأة ، ولا يشترط أن تكون المرأة كفوً للرجل ، وذلك لأن النصوص الواردة في الكفاءة تتجه كلها إلى اشتراطها من جانب الرجل ، ولأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيصة ، وهو يلحق أسرة المرأة إن تزوجت من خسيس ، ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع امرأته ، والمرأة لا ترفع خسيصة زوجها ، إن كانت رفيعة ، ولأن الرجل يملك الطلاق في كل وقت ، فيستطيع دفع المغبة عن نفسه بخلاف المرأة ، فإنها لا تملك إيقاع الطلاق ، (١٣ — محاضرات في الزواج)

بل أقصى ما تملك أن تطلب من القاضي التفريق في أحوال استثنائية خاصة .
كانت الكفاءة معتبرة من جانب الرجل إلا إذا كان ما يسقطها ، ولا
تعتبر في جانب المرأة في المذهب الحنفي إلا في صورتين .

(لإحداهما) تزويج الصغير والمجنون إذا كان الزوج غير الأب والجد
والابن ، أو كان واحداً من هؤلاء ، وعرف بسوء الاختيار ، فإنه يشترط
لصحة الزواج الكفاءة ، ولا يصح العقد إذا كانت الزوجة غير كفء .
(الثانية) إذا وكل رجل وكيلًا وأطلق ، فقال الصاحبان لا يزوجه إلا من
امرأة كفء .

ولما اشترطت الكفاءة في جانب الزوجة في هذين الموضعين ، لأن
الولاية في الأولى محدودة مقيدة بالكفاءة ، إذ الولي في هذه الحال مقيد
بالمصلحة الظاهرة لعدم توافر الشفقة ، أو عدم توافر الرأي الكامل ،
والمصلحة الظاهرة في التقييد بالكفاءة ومهر المثل ، حيث لا ضمان لمراعاة
مصالح خفية وراها ، أما في الصورة الثانية فلأن العرف قيد الإطلاق
بالمرأة الكفء ، فهو كالولي في الصورة السابقة معزول عن التزويج
بغير الكفء .

وترى من هذا أن الكفاءة معتبرة في جانب المرأة في هاتين الصورتين ،
لأن الزوج ليس له سلطان في التزويج بغير الكفء ، لا لأن مساواة المرأة
بالرجل شروط في ذاتها .

وذلك مع ملاحظة أن عدم الكفاءة في الصورة الثانية يجعل العقد
موقوفاً على إجازة الموكل ، ولا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً .

١٦٨ - وقت اعتبار الكفاءة : وقت اعتبار الكفاءة هو وقت

إنشاء عقد الزواج ، لأنها شرط لإنشاء لا شرط بقاء ، وعلى ذلك إذا تخلف
وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال ، بأن كان قادراً على

الإتفاق ، ثم صار غير قادر بعد الزواج ، أو كان متديناً ، ثم شذ ففسق ، أو كان يحترف مهنة شريفة كالتجارة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة ، ففي هذه الأحوال لا يفسخ النكاح لتخلف الكفاءة ، بل يبقى ، لأن النكاح قد تقرر ، فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ولا عار في بقاء المرأة مع إن حاله تغيرت ، بل هو الصبر والرضا بحكم القدر ، وهما أمران محمودان :

١٦٩ — من له حق الكفاءة : جمهور الفقهاء ^(١) على أن الكفاءة حق

للزوجة ، وحق الأولياء ، فإن زوجت بغير كفء عالمة بذلك ولم يرض الأولياء فالعقد فاسد ، وقيل موقوف وهو رأى محمد ، وقيل للولي حق الاعتراض على الخلاف في ذلك المذهب الحنفى ، وإن زوجت بغير كفء وهى غير عالمة بحاله وخدعت فيه تكون مخيرة بين الفسخ والإبقاء ، وإن رضيت هى عالمة بنقص كفاءته ، ورضوا هم عالين بذلك ، فإنه ليس لأحد سبيل عليهم ، بل يمضى العقد .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد إن نقصت الكفاءة ، أو يكون العقد فاسداً ، إن لم يسبق رضاه عند عدم الكفاءة هو الولى العاصب القريب فإن رضى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، وإن لم يرض ذلك الولى القريب لم يؤثر رضا من دونه ، لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، وهذا إذا كان الولى القريب واحداً ، فإن تعدد الأقربون كأخوة أشقاء ورضى بعضهم قبل العقد أو وقت إنشائه ، ولم يرض الآخرون ، قال أبو حنيفة ومحمد رضا البعض يزيل حق سائرهم فى الاعتراض ويلزمهم .

(١) خالف الجمهور أحد فى إحدى الروايات عنه ، فاعتبر الكفاءة حق الله ، وهى لا تسقط ولو أسقطها الولى والمرأة ، وهذه الرواية هى التى تنص الكفاءة على التدين والتمتوى وفى رواية أخرى عن أحد أن الكفاءة حق الأولياء العصابات جميعاً قريبهم وبعيدهم ، لأنهم جميعاً بعيوت .

لأن الولاية حق لا يقبل التجزئة ، وسببه وهو القرابة لا يقبل التجزئة أيضاً
فيثبت لكل واحد من الأولياء كاملاً كحق الأمان ، وحق العفو في القصاص ،
فإذا قام به واحد . فكأن الجميع قام به ، فإذا رضى أحدهم بالعقد اعتبر ذلك
رضا للجميع ، كما أن أحدهم إذا زوج كفتاً فليس للباقي أن يزوجوا ، هذا
وإن رضا أحدهم بذلك الزواج دليل أن ما ينالها من مصلحة في الزواج يعلو
على ما ينالهم من عار عدم الكفاءة ، أولاً عار ، إذ لا يثبت العار في كل مسألة
تتخلف فيها الكفاءة .

وقال أبو يوسف وزفر لا يسقط حق الأولياء المتساوين في الدرجة
والقوة إذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة يثبت مشتركاً بين الكل ،
فإذا رضى أحدهم أسقط حقه فقط ، فلا يسقط حق الباقيين كالدين المشترك
بين جماعة فإذا أبرأ أحدهم لا يسقط حق الباقيين ، ولأن الرضا من أحدهم
ليس أقوى من رضاها ، إذ هي صاحبة الشأن الأول في الزواج ، وهي إذا
أسقطت حقها في الكفاءة ورضيت لا يسقط حق الأولياء ، فأولى ألا يسقط
حق باقيهم إذا رضى بعضهم .

والراجح أن رضا بعضهم إن تعدد الأقربون يسقط حق باقيهم .

١٧٠ — ومن هذا يتبين أن الكفاءة حق الزوجة ، وحق وليها القريب ،

وقد فرع الفقهاء على ذلك عدة فروع منها :

(١) أن المرأة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من غير كفاء فإن
العقد يكون غير صحيح على الرأي الراجح فيما بيننا ، وهو رواية الحسن عن
أبي حنيفة وذلك إذا كان لها ولي عاصب ، وهذا للاحتياط للعشرة الزوجية
ولأنه إن صح الزواج فدخل بها ثم اعترض الولي ففسخ — فقد يكون
لها منه أولاد ، أو يكون دخل بها ، وبذلك يتقرر العار ، ولا يحجوه فسخ

من بعد (١)

وهناك رواية تقابل هذه الرواية ، وهى أشهر . وإن لم تكن الأصح . وهى أن العقد يكون صحيحاً ، ولكن يكون للولى الاعتراض عليه ، وطلب نقضه ولا ينقض إلا بحكم القاضى ، ولا يسقط ذلك الحق إلا بالرضا صراحة أو دلالة ، لأن العقد نشأ مستوفياً كل شروطه ، ولكن فيه ما يعس غير العاقلين بالضرر وهم الأولياء ، فيكون طلب النقص دفعاً للضرر عنهم .

وهناك رأى ثالث فى المذهب الحنفى ، وهو أن حق الاعتراض وطلب الفسخ ليس مطلقاً عن الزمان ، بل إن حق الفسخ يسقط إذا ولدت ، حفظاً للولد ، لكن يترتب بين أبيه (٢) .

والمرئى عن محمد أن العقد يكون موقوفاً ، وإن هذا فى الواقع سير على مذهبه ، وهو أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بغير وليها ، وإذا زوجت نفسها بغير رضا وليها يكون العقد موقوفاً على إجازته ، سواء أكان الزوج كفو أم كان غير كفء .

(ب) إذا زوجت نفسها من شخص غير معلوم الحال ، ولم يذكر نسباً غير نسبه ، ثم تبين أنه غير كفء ، فليس لها حق الفسخ ، وللأولياء حق طلب الفسخ دونها ، وذلك على الرواية التى تقول إن العقد صحيح ، ولهم حق الفسخ ، ولو أخبرها بكفائه ، أو شرط الكفاءة فلها ولهم حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب لغير قبيلته ، ورضيت على ذلك الأساس ، ثم تبين أنه

(١) قال كمال الدين بن المهام فى ترجيح هذه الرواية « كم واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الوالى وعدل القاضى ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام واستقلال نفس الخصومات فيقرر الضرر ، فكان منعه دفعاً له » وينبئ أن يقيد عدم الصحة بما إذا كان لها أولياء أحياء ، لأن عدم الصحة لما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعاً للضرر بنالهم ، فإنه قد يتقرر كما ذكرنا .

(٢) الحق بعض الفقهاء الحل الظاهر بالولادة .

غير كفاء بعد ظهور نسبه ، فلمهم ولها حق الفسخ ^(١) وإن ظهر كفتنا بعد أن علمت حقيقة نسبه ، فلها وحدها حق الفسخ ، لأن رضاها كان على أساس نسب معين ، وقد غررها به ، ثم تبين خلافه فيكون لها الحق في الفسخ للحلل في الرضا ، ولو كانت هي التي غرته ، فانتسبت لغير نسبها لم يكن له الخيار ، لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من تغيرها ، وإمكان تخلفه منها بالطلاق .

(ج) إذا وكلت المرأة وليها العاصب فزوجها ، ولم يشترط الكفاءة عند العقد ، ثم تبين أنه غير كفاء فالعقد يكون موقوفاً على إجازتها ، أو لها الاعتراض عليه ، لعدم إسقاطها حقها في الكفاءة ، وليس للولى طلب الفسخ ، لأنه أسقط حقه .

(د) إذا زوج الولى المرأة شخصاً معيناً برضاها ، واشترطت هي الكفاءة ولم يشترطها هو يكون لها حق الاعتراض ، وليس له .

(١) قلنا إن كون الأولياء لهم حق الفسخ مبنى على الرواية التي تقول بأن العقد صحيح وحقهم في الاعتراض ، أما الرواية الأخرى فالعقد غير صحيح .

حكم العقد

١٧١ - نقصد بحكم العقد الآثار الشرعية التي رتبها الشارع الإسلامي على العقد ، وهو ما يسمى مقتضى العقد ، ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الشارع لا يرتب حقوقاً شرعية على عقد من العقود ، إلا إذا كان العقد قد استوفى عند إنشائه شروط انعقاده ، وشروط صحته ، ولكن قد يحدث بالعقد غير المستوفى للشروط علاقة بين العاقلين ، ولذلك يعمل الشارع على تنظيمها ، فيضع أحكاماً لها ، من حيث إنها أمر واقع ، فيعطى حكماً لحسم الخلاف ، ومنع النزاع ، كإثبات الملكية ، بالقيمة وعدم الفسخ إذا تسلم المشتري المبيع في البيع الفاسد وتصرف فيه أو استهلكه ، فإن الشارع أثبت الملكية تنظيمياً للأمر الواقع ، وحكم بعدم الفسخ حفظاً لحق الغير .

ولهذا كان العقد غير الصحيح في الأنكحة أحياناً له بعض الآثار المترتبة على أمور نشأت مع هذه العقدة التي لا يعترف الشارع بوجودها ، وتتكمّل عن ذلك .

أحكام العقد غير الصحيح والموقوف وغير اللازم

١٧٢ - النكاح غير الصحيح : يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والفاسد وإن كان كلاهما غير صحيح ، وذلك في المعاملات المالية ، أما في الزواج فنجد المحققين^(١) منهم لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد ويقولون في ذلك كمال الدين بن الهمام في فتح القدير « إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء » . فالحكم واحد سواء أكان الخلل في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل

(١) قد جاء هذا في الهداية ، وفتح القدير ، والنهاية ، وأصول فخر الإسلام .

أم كان الخلل في وصفه ، وهو ما يعبر عنه بالفساد ، وعلى ذلك يكون باطل النكاح هو فاسده ، وفاسده هو باضله ، فليس النكاح إذن إلا قسمين : صحيح ، وغير صحيح .

والعقد غير الصحيح لا يترتب عليه شيء مطلقاً ، لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم ، حتى يقوم سبب شرعى يثبت الحل ، وهو العقد الصحيح ، فإذا وجد — نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل ، وإن وجد غير مستوف لشروط الصحة ، فهو غير معترف به من الشارع ، فلا يترتب عليه حكماً شرعياً بمقتضى الوجود المجرد ، ولذلك لا تثبت نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث بأى حال ، ولا حق لأحدهما قبل صاحبه .

ولكن إذا حصل دخول في هذا العقد غير الصحيح ، فهنا نجد واقعة لها تنظيم في أحكام الشارع الإسلامى ، ذلك أنه من المقرر أن الزنى فيه حد ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وأنه إذا سقط الحد في الدخول بالمرأة وجب المهر ، وأن الشبهة أحياناً تسقط الحد ، وتمحو وصف الزنى عن الدخول ، وحينئذ يثبت النسب ، وتثبت العدة ، وأحياناً تكون الشبهة مسقط للحد ولا تمحو وصف الزنى ، وفي هذه الحال يثبت المهر ، ولا تثبت العدة ، وكان مقتضى القواعد العامة ألا يثبت النسب ، ولكن أثبتته بعضهم احتياطاً لحق الولد .

وبالبناء على هذه القواعد المقررة الثابتة في الفقه الحنفى — ننظر أكان الدخول في العقد غير الصحيح مع شبهة أسقطت الحد ، ومحو وصف الزنى ، أم كان مع شبهة أسقطت الحد ، ولم تمح وصف الزنى ، أم لم تكن شبهة ، أو كانت ضعيفة لا تسقط الحد ، وبالتالي لا تمحو وصف الزنى .

ولما في الإجابة عن هذا السؤال نحاول ضبط موضوع اضطربت فيه أقلام الفقهاء ، ولاندعى أننا ضبطناها ضبطاً محكماً ، وجمعنا أشداته ، ونقول في ذلك :

إن الدخول في النكاح غير الصحيح قد يكون بشبهة قوية ، تمحو الجريمة ، أى لا يوصف الفعل بأنه زنى ، وقد يكون الدخول بشبهة ليست قوية ، ولكنها تسقط الحد فقط من غير أن يحصى وصف الفعل ، وقد يكون الدخول لبشبهة ليست لها قوة تسقط حداً ، ولاشبهة قط ، ولندكر كل قسم من هذه الأقسام .

ومن هذا التقسيم يتبين أن العبرة في ترتيب الآثار ، إنما هي في الدخول مع وجود الشبهة .

١٧٣ م — الشبهة يقسمها فقهاء الحنفية إلى ثلاثة أقسام ، شبهة الملك ، أو شبهة الحل ، وشبهة اشتباه ، أو شبهة فعل ، وشبهة عقد عند أبى حنيفة وحده .

(١) فشبهة الملك ، أو شبهة الحل ، أو شبهة الحل على اختلاف التسمية ، تكون إذا كان في المحل دليلان : أحدهما قوى يفيد التحريم ، والآخر ضعيف قد يؤدي إلى الحل ، وإن الحكم يسير على مقتضى القوى ، فإذا حصل دخول في هذه الحال يكون سيراً على مقتضى الدليل الضعيف ، فيكون هذا شبهة قوية ، ومثال ذلك الدخول بجارية ابنه ، ففي هذه الحال دليل التحريم قائم قوى ، وهو أنها ليست ملكاً له ، بل ملك لغيره ، وهو ابنه ، لكن في المحل دليل آخر إن لم يكن له من القوة ما يعارض الأول فهو يوجد شبهة في الحل ، وهو قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » ، فإنه يفيد نوع ملكية للأب في مال الابن ، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما . ومثال ذلك أيضاً النكاح بلا شهود فإن دليل التحريم قائم وهو قوله عليه السلام : « لا نكاح بغير شهود » ، ويعارضه ما استدل به مالك رضى الله عنه . فكان ذلك موجداً شبهة في المحل ، وكذلك كل نكاح اختلف في صحته ، وكان رأى الحنفية أو جمهورهم فساداً ، فإن الدخول

فيه دخول بشبهة قوية لمكان الدليل المعارض للتحريم ، وإن كان ضعيفاً ،
لأنه وإن لم يوجد حلاً أو وجد شبهة حل .
وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد ، ويمحو وصف
الزنى ، فيثبت المهر ، والعدة ، والنسب .

(ب) وشبهة الاشتباه أو شبهة الفعل ، هي الشبهة التي تحدث في نفس
الشخص فيظن الحرام حلالاً من غير دليل من الشارع قوى أو ضعيف ،
أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزاً ، ومثال ذلك من ظن بعض
المحرمات عليه كاخته رضاعاً - حلالاً له ، وهو يعلم العلاقة التي تربطه بها ،
ولكنه يجهل التحريم ، فإن هذه الشبهة تسمى شبهة اشتباه ، لأن ذلك جهل
بالشرع ، أو شبهة فعل ، لأن الشبهة صاحبت الفعل ، ولم تقم بالمحل ،
وليس من ذلك من تزوج امرأة لا يعلم أنها أخته من الرضاع ، وقد أخبره
المتصلون به أنه لا علاقة محرمة بينهما ، ثم تبين أن بينهما علاقة الرضاع
المحرم ، فإن هذه تعد من الأول ، لأن الدليل وجد من إخبار من حوله بأن
لا علاقة بينهما ، فكانت الشبهة في المحل ؛ لأنها ناشئة عن دليل مبيح ، وإن
ثبت بطلانه .

وشبهة الاشتباه ؛ إذا وجدت أسقطت الحد ، ولم تمنح وصف الزنى ،
ولذلك لا تثبت العدة ، لأنه لا عدة من زنى ، ولا يثبت معها النسب إلا في
بعض الأقوال وكان ثبوته في هذه الأقوال لمصلحة الولد .

(ج) وشبهة العقد ، وقد ذكرها صاحب البحر في ضمن أقسام الشبهة ،
أى أن صورة العقد وهي الإيجاب والقبول الصادران عن عاقلين لعبارتها
اعتبار ، شبهة في ذاتها ، بحيث لو حصل دخول مع هذه الصورة كان دخولا
بشبهة ، ولو كان يعلم فساد العقد وعدم صحته ؛ وهذه شبهة عند أبي حنيفة
وحده ، وخالفه صاحبان وجمهور الفقهاء في ذلك .

ولإنما تكون صورة العقد شبهة إذا وجدت هذه الصورة ، ولا تعتبر موجودة إذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية ^(١) وشبهة العقد عند من أثبتها تكون في قوة شبهة الاشتباه ، فهي لا تمحو الوصف ولكن تسقط الحد ، وإذا سقط الحد فإن المهر لا محالة يثبت ، لأن الدخول في دار الإسلام لا يخلو عن عقر ، أو عقر أى عن حد أو مهر .

١٧٤ — وعلى ذلك نقسم الدخول في العقد غير الصحيح إلى ثلاث

مراتب :

(أولاهـا) دخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر في الوصف أو في الحد ، لأنه لا توجد شبهة في التحريم قط ، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقد الأهلية ، أو لا يكون الإيجاب متوافقاً مع القبول بالنسبة لمحل العقد . لا لبعض آثاره ، أو لا يكونان في مجلس واحد ، فإن هذا العقد لا وجود له ، وليس ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبي حنيفة الذي يعتبر صورة العقد شبهة ، إذ العبارات ملغاة لا اعتبار لها ، فلا وجود للعقد لا صورة ، ولا حكماً ، فالدخول في هذه الحال يوجب عقوبة الزنى المقررة في الشريعة الإسلامية ، إذ لا شبهة قط .

(ثانيها) دخول في العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه ، وذلك في المحرمات على التأييد ، إذا عقد عليهن ، وحصل دخول بهذا العقد الصوري ، وكان يعلم بالعلاقة الرابطة . ومثل المحرمات على التأييد في ذلك ، عقد غير المسلم على المسلمة ، والعقد على من في عصمة الغير إذا كان يعلم ذلك ، ففي هذه الصور إذا حصل العقد مستوفياً الشروط ما عدا شرط الحل ؛ فإن الدخول يكون شبهة مسقط للحد غير ماحية لوصف الجريمة . لأن تحريم هؤلاء ثابت

(١) أقسام الشبه هذه مأخوذة بتلخيص وتوضيح وترتيب من باب الحدود عند الكلام

في حد الزنى والشبهات الواردة له ..

بدليل قطعى لا شبهة فيه قط ، وليس في حاله ما يسمح بوجود شبهة في الحل . فإذا كان ثمة شبهة اشتباه أو شبهة فعل ، وقد اشترط الصاحبان لوجود هذه الشبهة أن يكون جاهلا بالتحريم كجوسى أسلم حديثاً ، وهو لا يعلم بالمحرّمات في الإسلام ، ففي هذه الأحوال توجد شبهة الاشتباه ، فإذا لم يكن جاهلا بالتحريم ، فإنه في هذه الحال لا يكون ثمة شبهة عند الصاحبين ، أما أبو حنيفة فإنه لا يشترط الجهل بالتحريم ، بل تثبت الشبهة ، ولو كان عالماً بالتحريم ؛ لأن صورة العقد شبهة ضعيفة عنده وهى كشبهة الاشتباه في حكمها .

ولقد قال صاحب البدائع في تقرير رأى أبى حنيفة في هذا المقام :-
« الأصل عند أبى حنيفة — عليه الرحمة — أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح^(١) يمنع وجوب الحد ، سواء أكان حلالاً أم كان حراماً ، وسواء أكان التحريم مختلفاً فيه أم كان مجمعاً عليه ، وسواء أظن الحل ، فادعى الاشتباه أم علم الحرمة . »

وبهذه الشبهة على الاختلاف في بعض صورها يسقط الحد ، ولا يمحى وصف الزنى ، كما نوهنا ، وإذا كانت كذلك فإنه يثبت المهر ، لأنه إذا سقط الحد ، وجب المهر لا محالة ، ولكن لا تثبت العدة ، لأنه لا عدة من الزنى ، أما ثبوت النسب فوضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى ، فبعضهم أثبت النسب ، احتياطاً لمصلحة الولد ، لأن الشبهة إذا أسقطت الحد ، كان ذلك دليلاً على اعتبارها في الجملة . وبعضهم قال لا يثبت .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام عدم ثبوت النسب ، ورجح ذلك ، لأن الزنى لا يثبت النسب ، ووصف الزنى لم يزل بهذه الشبهة ، فالنسب كالعدة على سواء عنده .

(١) أبو حنيفة يعتبر الأنثى بوصف كونها أنثى محلاً للعقد ، ولو كانت محرمة ، لأن التحريم ما جاء لعدم صلاحية المحل ، بل جاء لاعتبارات أخرى .

ونلاحظ أن أبا حنيفة وإن أسقط الحد عند وجود هذه الشبهة التي اعتبرها لو كان يعلم التحريم — فهو قد قرر أن على القاضي أن ينزل تعزيراً. هو أقوى أنواع التعزير.

(ثالثاً) دخول في العقد غير الصحيح يسقط فيه الحد. ويمحى وصف الجريمة، وذلك إذا كان ثمة شبهة قوية، وذلك يثبت في كل الأنكحة المختلف فيها، وفي نكاح المحارم على التأقيت ماعداً من ذكروا في النوع السابق. وذلك لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل، وهو دليل المخالف، وإن كان ضعيفاً، وهو يقتضى الحل، وعلى ذلك تكون شبهة الحل ثابتة في المحل، والمحرمات على التأقيت غير من ذكرنا، شبهة الحل ثابتة فيهن، لأن الأصل فيهن الحل، والتحريم لأمر عارض، وحق الغير ليس متعلقاً بهن تعلقاً قوياً قطعياً يزيل كل احتمال للحل، بل ثمة شبه بأصل الحل من غير مانع يزيل كل آثاره.

ومن هذه المرتبة كل شبهة أساسها اختلاف فقهي لوجود دليل للحل، وإن لم يكن له من القوة ما يثبت، ويعارض دليل التحريم، ومنها حال من يقدم على الزواج، وهو لا يعلم سبباً محرماً، ويخبره الناس بعدم قيام هذا السبب، كمن يتزوج زوجة الغير إذا أخبره اثنان بوفاته ثم تبين أنه حي، وكمن يتزوج امرأة يظن بإخبار من حوله أو سكوتهم أنه لا علاقة تربطه بها، ثم تبين أن هناك علاقة محرمة، ففي كل هذه الأحوال وأشباهاها، وجد دليل الحل؛ وهو إخبار من يكون من شأنهم أن يعلموا بالصلة المحرمة بأنه لا صلة محرمة، فإن هذا دليل مبيح وإن لم يثبت أمام الدليل المحرم.

والدخول في هذه الحال يسقط معه الحد، ويمحى وصف الزنى كما بينا، ولذلك يثبت المهر ويثبت النسب، لأن الفعل ليس زنى. إنما العذر قائم، ودليل التحريم له معارض قد أوجد شبهة، وإن لم يوجد حلاً.

ويجب التنبيه إلى أن العقد الفاسد في كل أحواله وصوره لا يثبت توارثاً ولا نفقة ، وإن ثبتت حرمة المصاهرة أحياناً فليست بسبب العقد ، ولكن هي ثابتة بالدخول ، فإن الدخول ولو زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية .

١٧٥م — حكم العقد الموقوف : تبين أن العقد الموقوف هو الذي يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية لإنشاء العقد ، بأن يعقد لغيره ، وليس له عليه ولاية شرعية ، ولم يستمد الولاية منه بوكالة ، ومن ذلك تزويج الفضولى ، وتزويج الولي البعيد مع وجود القريب ، وإمكانه أن يتولى هو العقد ، ومنه تزويج ناقص الأهلية نفسه بمهر المثل والكفء على بعض الروايات .

والعقد الموقوف صحيح ، ولكنه غير نافذ ، فإن أجازته من له الشأن التحقت الإجازة بالإذن السابق على العقد ، وإذا لم يكن للعقد مجيز كان غير صحيح كأن يعتمد ناقص الأهلية لنفسه بأقل من مهر ، أو بغير كفء ، ووليه العاصب أخوه فإن العقد يقع غير صحيح لعدم المجيز ، وإن كان له مجيز ولم يجز العقد بطل واعتبر ملغى .

وإذا حصل دخول قبل الإجازة ، ثم كانت الإجازة فإنه يكون دخولا في عقد صحيح لما قررنا من أن الإجازة تلتحق بالإذن السابق إذ الإجازة تجعل العقد نافذاً من وقت إنشائه .

أما إذا كان الدخول قبل الإجازة ، ثم أعقبه الرفض والإبطال ، فإن الدخول يكون مع شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة فيثبت المهر وتثبت العدة ويثبت النسب ، وإنما كانت الشبهة قوية لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فكان مثبتاً للحل من وجه ، وإن كان غير معتبر ، ومثبتاً للشبهة ، وإن لم تكف فيه لإثبات الحل .

وإن كان الدخول بعد الرفض والعلم به . فإنه لاشبهة تسقط حداً . وبالتالي لا يترتب شيء من مهر أو عدة أو نسب .

والعقد الموقوف لا يثبت توارثاً إذا حصلت وفاة في مدة وقته ، كما أنه لا يثبت حرمة مصاهرة إذا لم يحز لأن البطلان لإزالة من أصله .

١٧٦م - حكم العقد الصحيح غير اللازم : العقد الصحيح غير اللازم هو العقد الذي استوفى شروط الصحة ، وشروط النفاذ . ولكنه لم يستوف شروط لزوم فيجوز لمن له حق الفسخ أن يفسخه في الحدود التي رسمها الشارع له . ومن ذلك :

(أ) إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير رضا وليها ، وكان الزواج من كفاء ، ولكن بأقل من مهر المثل ، فإنه عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف يكون للولي حق طلب الفسخ إلى أن يرفع المهر إلى مهر المثل ، وقال أبو يوسف ليس له حق في ذلك على ماتيين ، ويستمر حق الفسخ حتى يسقطه بالرضا بالعدة صراحة أو دلالة ، أو بالإسقاط .

(ب) إذا زوج الولي غير الأب والجد القاصر من كفاء وبمهر المثل . فإنه عند زوال سبب القصر يكون للولي عليه حق الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة على حسب سبب القصر ، وقد بينا ذلك في موضعه .

(ج) إذا زوجت نفسها ، واشترطت الكفاءة ثم تبين أنه غير كفاء . فإنه يكون لها حق الفسخ ، وكذلك إذا انتسب إلى غير نسبه ، ثم تبين نسبه فإنه يكون لها حق الفسخ .

ففي كل هذه الصور وأشباهاها يكون العقد صحيحاً غير لازم .

وإذا حصل دخول في العقد غير اللازم قبل فسخه ، فهو دخول في نكاح صحيح لا شك فيه . وهو حلال من كل الوجوه إذ أن العقد قائم مقرر الأحكام منتج كل آثاره إلى أن يفسخ فهو يوجب النفقة وإدامات أحدهما قبل الحكم بالفسخ ولو بعد طلبه يكون للآخر أن يرثه . لأن الزوجية التي هي سبب الميراث قائمة ثابتة ، ومتى كان سبب الإرث قائماً فإن الملك به يثبت .

وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد الصحيح غير اللازم إذا كان مجرد العقد موجباً للحرمة فإذا زوجت البنت زواجا غير لازم ثم حصل الفسخ قبل الدخول بطلب من كان غير لازم بالنسبة له فإنه لا يجوز للأم أن تنزوج من كان زوج ابنتها ، لأن العقد قد وجد ، والفرق بين غير اللازم والموقوف في هذا أن الفسخ في غير اللازم لا يقتضى عدم وجود العقد الذى هو سبب الحرمة ، بخلاف الرفض في العقد الموقوف ، لأن عدم الإجازة ألغى وجود العقد ، ولقد أنصف القانونيون إذ حكموا بأن ما يسميه الشرعيون موقوفاً باطل بطلاناً نسبياً .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول فإن المهر المسمى يجب وتجب العدة ويثبت النسب ، وتجب نفقة العدة إلى آخر ما هناك من أحكام الزواج الصحيح وآثاره ومثل ذلك إذا كان الفسخ بعد الخلوة الصحيحة .

وإذا كان الفسخ قبل الدخول وقبل الخلوة ، فإنه لا يجب المهر كله ، ولا يجب نصفه ، سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أم كان من قبل الزوجة لأن الفسخ في هذه الحال يكون كتنقض للعقد من أصله ، وإن لم ينتف أنه وجد ووقع ، وإذا كان كتنقض للعقد من أصله فلا يجب به مهر مادام لم يكن دخول ، ولا خلوة صحيحة بشرطها .

آثار العقد الصحيح

١٧٧ م- آثار العقد : أو مقتضى عقد الزواج - هي الحقوق التي تثبت لكل الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس ، ونريد أن نتكلم هنا في قضية من القضايا التي يتعرض لها الباحثون في القوانين الحديثة ، ولها في الشريعة الإسلامية نظير ، وهي آثار عقد الزواج عامة ، أي من عمل العاقدین أم من عمل الشارع ، فإذا كانت من عمل الشارع فإنه ليس للعاقدین أن يشترطا من الشروط ما لا يتفق مع ما يقرره الشارع من مقتضيات العقد ، وإن كانت الآثار من عمل العاقدین ، فإن كل ما يتفقان عليه من شروط (ما دامت لا دليل يمنعها من الشارع) لازمة بمقتضى التزام العاقدین الوفاء بها .
وقد شرحنا هذا الموضوع في موضعه من الكلام في قواعد العقود عامة (١) ونريد هنا أن نبين ما يخص الزواج منه .

إن القاعدة العامة في كل العقود الإسلامية ، وخصوصاً عقد الزواج ، أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع ، وإن كانت العقود الإسلامية تقوم في الجملة على الرضا ، ولكن موضع الرضا هو في إنشاء العقد ، أما الآثار فبترتيب الشارع حفظاً للعدل ، وصوناً للمعاملات في العقود المالية عن النزاع ، وحفظاً للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع وممرماه من ذلك العقد المقدس .

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة ، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا

(١) شرحنا ذلك في كتابنا الملكية ونظرية العقد ، فارجع إليه .

كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس ،
فما يشترطه العاقدان من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو
لا تنافي مقاصده .

ولكن اختلاف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين مضيق ، وموسع .
وما بين ذلك ، فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته إذ قصرُوا
الأدلة على النصوص ، والحنابلة وسعوا سبيل الشروط وأجازوا كل شرط
إلا ما قام الدليل على منعه ، أى ما قام النص أو الأثر بمنعه ، وهم في هذا
يجعلون للعاهد في الزواج عملاً في آثار العقد إذ يجعلون لشرط العاقد أثراً
زائداً على مانص عليه الشارع إلا إذا كان مخالفاً لما جاء به الشارع الإسلامى
من نصوص وآثار .

وذهب الحنفية والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هي
التي تكون متفقة مع مقتضى العقد ، كتقديم ضمان المهر ، أو ضمان النفقة
على بعض الأقوال .

وإذا كانت الشروط لها ذلك الارتباط بآثار العقد ، فمن الواجب علينا
أن نبين آراء الحنابلة ومخالفهم فيها ، في هذا المقام فيما يلي :

١٧٨م - الشروط المقرنة بالعقد وآثاره : تقسم الشروط المقرنة
بالعقد من حيث ارتباطها بمقتضى العقد وصحتها إلى ثلاثة أقسام .

(القسم الأول) شروط تؤثر في صحة العقد ، فتبطله ، لأنها تجعل الصيغة
غير صالحة للإنشاء ، وهي الشروط التي تجعل صيغة عقد الزواج دالة
بصريحتها على توقيته بزمان ، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة ،
وهذا عند الحنفية ، وعلى ذلك إذا كان تقييد اللفظ ليس بمدة زمنية ،
ولكن قد يؤدي إليه ، كأن تقول له تزوجتك على أن تطلقني بعد شهر

فإن هذا لا يعتبر تقييداً بمدة عند أبي حنيفة وأصحابه ^(١) لأن الصيغة التي انعقد بها النكاح كانت خالية من التأقيت الصريح ، فلم تبطل دلالتها ، فاستمرت وبطل الشرط .

(والقسم الثاني) قسم يلغى فيه الشرط ، ويصح النكاح ، وهو عند جمهور الفقهاء ، كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه (كاشتراط تقديم كفيل بالمهر مثلاً) ولم يقيم دليل من الشارع على وجوب الوفاء به من نص ، أو أثر أو عرف مشهور كاشتراك تعجيل مقدم المهر ، فكل شرط لا يكون كذلك ، ولا يكون مؤقتاً للصيغة ، يكون لاغياً يبطل ، ولا يؤثر في صحة العقد .

هذا مسلك جمهور الفقهاء في تعريف الشرط الفاسد الذي يلغى ، ولا يؤثر في العقد . وأما أحمد بن حنبل فقد قال في الشرط الذي يلغى ويصح معه العقد ، إنه الشرط الذي ورد فيه نهى الشارع ، أو ناقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع ، وقد ذكر من الشروط المنهى عنها أن تشتط المرأة عند الزواج طلاقاً ضرئياً ، فإنه مخالف لنهى النبي ﷺ فيما رواه أبو هريرة إذ قال : « لا تسأل المرأة طلاقاً أختها لتكفأ ما في إناثها » ^(٢) .

وترى من هذا أن نطاق بطلان الشروط أو إلغائها أضيق من نطاق الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء ، فهو قد جعل البطلان في حال النهي الصريح ومناقضة مقتضى العقد الذي ورد به النص ، أما الأئمة فقد جعلوا

(١) قال أحمد بن حنبل لأن هذا الشرط يعتبر توقيتاً للنكاح . فقد جاء في المأني وهو في الشروط المبطل : ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترط تأقيت النكاح ، وهو نكاح ائتمه ، أو أن يطلقها في وقت بعينه ، فهذه شروط باطلة في نفسها . ويبطل بها النكاح .

(٢) قال بعض الحنابلة لأن ذلك الشرط صحيح ويجب الوفاء به وهو غير الراجح في المذهب .

البطلان في دائرة متسعة ، وهي ما إذا لم يقم دليل على إقرار الشرط من الشارع ، بأن يكون موافقاً لمقتضى العقد ولو ثبت بالقياس ؛ أو يكون مؤكداً له ، أو قام دليل شرعي على صحة الشرط ، وما عدا ذلك يكون باطلاً . فصحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام ، أما أحمد فكل شرط صحيح لازم . إلا إذا كان نص يثبت البطلان .

(القسم الثالث) الشروط الصحيحة . وهي عند الجمهور الشروط التي تكون جزءاً من مقتضى العقد . كاشتراك مسكن يليق بها وبه ، أو تكون مؤكدة أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء به من نص أو عرف ، أما أحمد فيرى أن الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به هو الشرط الذي لم يقم دليل من النصوص على بطلانه ، ولم يتناقض مقتضى العقد الثابت بالنصوص ، كاشتراط ألا يتوارثا مع اتحاد الدين ، أو يتوارثا مع اختلافه ، فكل شرط لم يكن كذلك فهو صحيح .

وتجريد الخلاف بين الجمهور وأحمد في الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد يجعل الأصل الصحة ، حتى يقوم دليل من أثر أو نص قرآني يثبت البطلان ، والجمهور يقولون إن الأصل عدم الالتزام بالشرط ، حتى يوجد دليل شرعي من نص أو قياس أو عرف يثبت الإلزام ، فكان موضع الخلاف الشروط التي ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها ، فأحمد يجعلها صحيحة والجمهور يجعلونها ملغاة .

احتج الجمهور لمذهبهم من أنه لا يلزم الوفاء بشرط إلا إذا قام دليل عليه : (أولاً) بقوله ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، فكل شرط لا يقوم دليل على صحته فهو باطل ملغى ، لأنه ليس في كتاب الله .

(وثانياً) بقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل

حراماً أو حرم حلالاً ، ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبت له كان الشرط محرماً للحلال . إذ يمنع من حق كان للإنسان . ويجعل ما لم يكن لازماً في مرتبة الوجوب .

(وثالثاً) بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب ومنعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم . فتخرج عن معناها . وما يحوطها به الشارع من تقديس .

واستدل لأحمد بن حنبل - أولاً - بقوله ﷺ : « إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » ، فهذا الحديث أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج ، ولو لم يكن له نص خاص ، أو دليل خاص ؛ لأن ما لا دليل عليه من الشروط ، هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه ، وشمول ما يدل عليه . وتأكيده طلب الوفاء به ، ولقد روى أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها . أى لا تسكن إلا في دارها ، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره ، فتخاصما إلى عمر . فقال عمر : « لها شرطها ، مقاطع الحقوق عند الشروط » .

- وثانياً - بأن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشرطها ، وكان رضا بالعقد على أساسها ، وهى لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التى قام الدليل الشرعى على طلبها . فكان لابد من الوفاء بها لإجابة للأمر العام الذى تضافرت النصوص عليه . وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، وإن حصل خلل فى الوفاء ، فقد حصل خلل فى الرضا الذى كان قوام العقد ، فكان حقاً أن ينظر فى رضا المشترط من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد .

وإن أحمد بن حنبل إذ أوجب الوفاء بكل شرط لم يقيم دليل على نقيضه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط لنفسه ، فإنه يكون له حق الفسخ إذا لم يكن وفاء بالشرط ، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء ، فإذا اشترطت ألا يتزوج عليها ثم تزوج ، فإن العقد الثانى يصبح .

ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه قضاء ، كأن تشترط ألا يخرج من بيتها ، فلها ألا تنتقل إلى منزله ، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال ، لأن امتناعها بحق شرعى لها .

١٧٩ — هذه آراء الفقهاء في تأثير مقتضى العقد بإرادة العاقدين ، وهذه أدلة المختلفين ، وقبل أن نترك ذلك الموضع نشير إلى ثلاث مسائل :

أولها : أن مالكا رضى الله عنه يرى كسائر الأئمة أن الشرط الذى لا دليل عليه وليس جزءاً من مقتضى العقد ولا يؤكده ، لا يجب الوفاء به ، ولكنه يرى أنه يستحب الوفاء ^(١) ، فهو يرى أن الوفاء غير لازم . ولكنه مندوب ، ويرى مع ذلك أن الاشتراط معيب ، وأن على مريد الزواج أن يحسن الاختيار فيستغنى عن الاشتراط .

ثانيها : أنه قد اقترح في مصر الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل في مشروع سنة ١٩٢٦ فقد جاء في المادة التاسعة منه ما نصه :

« إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها ، ولا ينافي مقاصد النكاح ، كالأيتزوج عليها أو أن يطلق ضررتها ، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط و لازم ، وكان لها حق فسخ الزواج ، إذ لم يف لها الشرط ، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته . أو رضيت بمخالفة الشرط .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت ذلك من مذهب أحمد بن حنبل وقصرت ما أخذت على المرأة دون الرجل ، لأنه يملك التخلص من عقدة النكاح متى أراد .

(١) راجع المقدمات الممهدة لابن رشد ص ٥٩ ، ٦٠ ، وقد جاء فيها أن مالكا رضى الله عنه كان ينهى الناس عن الاشتراط في العقود ، إذ جاء فيها ما نصه : « قد قال مالك رحمه الله : أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتبت بذلك كتاباً ، وصيغ به في الأسواق »

ولكن نص المادة والمذكرة يصرح بأن شرط تطليق الضرة يجب الوفاء به . وإلا يكن لها حق فسخ النكاح ، وذلك ليس هو الراجح في المذهب الحنبلي ، إنما هو رأى أئى الخطاب من فقهاء الحنابلة : وهو يخالف لحديث أبى هريرة ، لا نسأل المرأة طلاق أختها ، لتكفأ ما فى إناؤها ، وكان غريباً أن يختار الرأى غير الصحيح المنافى للحديث ، وفيه ظلم شديد للضرة ، وسير وراء الهوى الجامح .

ثالثها : أننا نرى أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط فى الزواج خاضعة لمذهب أبى حنيفة بعد الدخول فلا تفسخ للشرط بعد ، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء ، ولو أننا أخذنا بمذهب أحمد فى الشروط المقترحة بالزواج حتى بعد الدخول لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين ، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ، ويتقارب الزواج الإسلامى من الزواج المدنى الذى يعقد فى المدن الالهية اللاعبة فى أوروبا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها ، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً ، والوفاء بها فى كل الأحوال لازماً - لا اضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب . ولنضرب لذلك مثلاً ، شرطاً نص عليه فى المسادة السابقة التى نقلناها عن المشروع ، وهو ألا ينقلها من بلدها ، فإذا كانت مثلاً فى القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط ، أو أسوان ، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجته وولده إليها ، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام ، هى فى الشمال وهو فى الجنوب ، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟ وأي بيت يتكون من هذين العشيرين المتناهين وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين ١١ - إن ذلك أمر قد اختاره وارضاء واضعو ذلك المشروع .

ولقد أحسن أولياء الأمر فى مصر ، إذ رفضوا الأخذ به على إطلاقه .

وعلى ذلك تقرر أن آثار عقد الزواج في مصر كلها من عمل الشارع ، ولا أثر لما يشترطه الزوجان إلا إذا قام دليل من الشارع على وجوب الوفاء به .
وقد جاء في المادة ١٣ من القانون السورى ما نصه :

١ - إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافى نظامه الشرعى أو ينافى مقاصده .
أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعياً كان الشرط باطلاً - والعقد صحيحاً .
٢ - وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً .

٣ - وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها - كان الاشتراط صحيحاً ، ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإن لم يقف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح .
وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون « لما كان المذهب الحنفى لا يعتبر الشروط في الزواج وكان من الضرورى مراعاة الشروط التى تنظم الحياة الزوجية كاشتراط إسكان الزوجة فى مكان معين ، أو عدم التزوج عليها فقد مشى المشروع على قاعدة فى الشروط القويمة استمدتها من أقوال الحنابلة » .
ويلاحظ على المذكرة :

(أولاً) أنها لم تبين وجه الضرورة فى الأخذ من مذهب ابن حنبل .
(وثانياً) أنها بنت القول على مذهب أحمد بن حنبل ، وابن حنبل لا يلزم الزوج بالشروط لما جاء فى الفقرة الثانية من القانون ، فإذا اشترط ألا ينتقل إلى مسكنه ورفضت لا يلزم بالذهاب إلى بيتها . بل يكون لها حق الفسخ . وإن اختارت البقاء ألزمت بالانتقال إلى بيت الزوج .
(ثالثاً) إننا لا نرى أى وجه للمصلحة فى اشتراطها ما يمس حقوق غيرها ، أو أعماله الخاصة .

(رابعاً) أن التفرقة بين ماهو خاص بتقييد حرية الزوج وما ليس
بخاص دقيق جداً والأمر فيه عسير التمييز .

وقد اقترح في مصر أخيراً الأخذ بمذهب أحمد بن حنبل في الفترة
بين العقد والدخول . لأنه عسى أن يكون قد غرر بها في أسرته أو في مرتبته .
واعتبر كل وصف يصف نفسه به كشرط للزوجة ، وكل ما يذكره من
ماليته كذلك ، ولا يجاز الفسخ لمثل هذا إلا في تلك الفترة ، لتكون الزوجة
على بينة من الأمر والفسخ إذا كان قبل الدخول والحلوة يعد بالنسبة لحقها
وحق العباد كنقض للعقد من أصله ، فلا يثبت لها مهر ، ويعود إليها كل
ما أسقط بسبب العقد .

حقوق الزوجين

١٨ م - يرتب الشارع الإسلامى بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين مشتركة ، وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً للزوجة على زوجها .

فأما الحقوق المشتركة بينهما ، فالحق الأصلى فيها حل العشرة الزوجية بينهما ، وحل ما يقتضيه الطبع الإنسانى مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى : « والذين هم لأفروجهم حافظون إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين » ، وفى الجملة أول ما يفيد الزواج حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما .

هذا هو الحق الأصلى المشترك ، وتبع ذلك حقان آخران مشتركان بينهما هما حرمة المصاهرة ، والتوارث بين الزوجين ، فإن العشرة لما حلت بين الزوجين ربطت بينهما لحمية تشبه لحمية النسب أو أقوى ، ثم ربطت بين أسرتهما برباط المصاهرة ، فصارتا كأنهما أسرة واحدة ، ولذلك ثبتت بينهما حرمة المصاهرة ، ثم ثبت التوارث بسبب أن حل العشرة أو الصلة بين الزوجين ، بما هو مثل القرابة ، وإذا كانت القرابة تثبت الميراث . فالزوجة أيضاً تثبت الميراث بين الزوجين ، تلك هى شريعة اللطيف الخبير .

ولإن هذا الحق يوجب بعض التفصيل النسبى فنقول فيه :

الميراث بالزوجية : والذى يثبت ذلك الحق هو الزواج الصحيح وغير الصحيح لا يثبت ميراثاً قط ، ولو حصل دخول حقيقى ، لأن الأحكام التى تنطى بالدخول فى العقد غير الصحيح ، سببها الدخول مع الشبهة التى أسقطت

الحد أو محت مع سقوط الحد وصف الجريمة ، أما العقد نفسه فلا يرتب عليه
الشارع أى حق من الحقوق التى تثبت بالزوجة المجرى .

وعقد الزواج الصحيح يثبت الميراث على الوجه الآتى :

١ - إذا مات أحد الزوجين والزوجة قائمة ثبت الميراث ، سواء كان
الزواج وهما فى مرض الموت ، أم كان الزواج وهما فى صحة كاملة ، وذلك
عند الجمهور فى كل الصور ، وقال الإمامية الإثنا عشرية ، إذا كان الزواج
والزوج فى مرض الموت ، فإن الزوجة لا تستحق من ميراثه شيئاً إذا مات
قبل الدخول ، وقد قال فى ذلك صاحب مفتاح الكرامة ، ومعاهد الإجماعات ،
ومناطق الروايات وفتاوى الأصحاب على أن النكاح فى مرض الموت بدون
الدخول باطل ، وإذا كان النكاح قد بطل بالموت قبل الدخول يزول
سبب التوريث .

ومع ذلك قالوا إذا كانت الزوجة هى التى تم زواجها فى مرض موتها ،
وماتت قبل الدخول يرث زوجها .

٢ - إذا مات أحد الزوجين ، والمرأة فى عدة الطلاق الرجعى ، فإن
الثانى يرث من مات ، لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الحقوق الزوجية إلا بعد
انتهاء العدة ، ومن هذه الحقوق ، الميراث .

٣ - إذا مات الرجل وهى معتدة من طلاق بائن ، وقد كان الاتفاق
على أنها لا ترث إذا كان الطلاق وهو صحيح . أما إذا كان الطلاق وهو
مريض مرض الموت . وكان بغير رضاها ، وسبب الميراث كان قائماً من
وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فقد اختلفت الآراء فى ذلك على أربعة أقوال :
أولها - قول الشافعية أنها لا ترث ، لأن ميراثها يؤثر فى حق الورثة ،
والاحتياط لها يجب ألا يؤثر فى حق غيرها .

ثانيها - قول الحنفية أنها ترث إذا مات وهى فى العدة ، وذلك لأن

الظاهر أنه قصد بالطلاق الفرار من الميراث ، فيرد عليه قصده ، وبعد العدة تزول معاني الزوجية ، ورد الشافعية ذلك بأن أحكام الشارع لا تنطاط بالبواعث ، بل بالأعمال .

ثالثها — قول المالكية أنها ترث ، ولو انتهت العدة وتزوجت غيره ، لأن الباعث على الطلاق هو الفرار ، فيرد عليه قصده ، وانتهاء العدة ، بل زواجها لا يمنع أنه قصد العبث بأحكام الشارع ، فلا يكون ثمة أثر لقوله بالنسبة للميراث .
رابعها — قول الحنابلة أنها ترث ما لم تزوج ، فإذا مات بعد انتهاء العدة وقبل أن تزوج ورثت وإلا لا ترث ، لأنها ترث بسبب الزوجية منه ، ويتعارض مع هذا كونها تزوجت غيره ، إذ لا يتصور أن تكون زوجة لاثنتين .

والشيعة الإمامية عندهم رأيان :

أحدهما — أنها ترث ما لم تزوج قبل وفاته كراى الحنابلة .
والثاني — أنها ترث دائماً ولا يحل لها أن تزوج ما دام حياً ، وذلك لأنه روى عن الإمام جعفر أن الطلاق في مرض الموت بغير رضاها يكون باطلا لا يقع .

هذا والزوج يرث من زوجته في كل تركتها . وهى ترثه في كل تركته عند الجمهور . وقال الإمامية إن الزوج يرث كل ما تمتلك في كل الأحوال والصور . وأما الزوجة فإن كانت ذات ولد من المتوفى فالمشهور أنها ترث من كل ما يملك . وإن لم تكن ذات ولد فالمشهور أنها لا ترث من الأرض ، وترث مما عداها ، وإذا كان على الأرض أبنية أو لها أدوات لخدمتها فهل تأخذ منها — هنالك ثلاثة آراء عندهم .

أولها — أنها تأخذ حصتها من قيمة ما على الأرض على أن يكون ذلك ديناً على التركة فلا يكون لها حصة في ذات الأبنية ، بل حصتها في قيمتها جبراً عنها .

ثانيها - أنها لا تستحق شيئاً من الدور والحوانيت ، ولكن تأخذ حصتها من الأبنية والمخصصات في الأراضى الزراعية والبساتين ، وقيل إنها لا تحرم إلا من الدور والحوانيت ، وتأخذ حصتها من ذات الأراضى الزراعية والبساتين والأراضى الخالية من البناء .

ثالثها - أنها لا تأخذ من الأراضى ، ولا مما عليها ، وقد اختار ذلك القانون الإيرانى .

١٨١ - وحقوق الزوج على زوجته هى ، أولاً - حق الطاعة فى كل ما هو من آثار الزواج ، وما يكون حكماً من أحكامه .

وقد جعل الشارع للرجل حق تأديب المرأة بالمعروف واللائق بمكانهما ، وذلك لأن طبيعة كل اجتماع تجعل لواحد منه درجة أعلى من غيره وتجعل له سلطاناً فى الإصلاح والتأديب ، وقد كانت هذه الدرجة للرجل ، ولذلك قال الله تعالى : « و لمن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

وجعلت هذه الدرجة للرجل ؛ لأنه أقدر على فهم الحياة ، وما يجب لها بحكم اختلاطه فى المجتمع العام ، ولأنه أقدر على ضبط عواطفه ، وتغليب حكم عقله ، ولأنه يشعر بالمضرة المالية وغيرها ، إن فسدت الحياة الزوجية أو انقطعت ، وكل الشرائع سواء أكانت مدنية أو دينية تجعل للرجال درجة على النساء ، ولذلك قال الله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » .

والتأديب له حد أدنى ، وهو الوعظ والإرشاد ، وحد أعلى وهو الضرب غير المبرح ، وغير الشائن الذى يوجد جفوة وإحاشا ، وهذا الحق حده الله بقوله تعالى : « واللاتى يخافون نشوزهن فعضوهن ، واضربوهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطمعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان علياً كبيراً » .

وهذه الطرق الثلاث ، هي لكل النساء ، وليست كل امرأة تكون لها كل هذه الطرق ، فمن النساء ، من تكفيها الإشارة تأديباً ، والإعراض اليسير هجراً ، ومنهن من لا يجدى معهن إلا الضرب ، وذلك واقع في كل زمان ، وهو مظهر ولاية التأديب ، ولكن الإسلام منع الضرب إذا كان مبرحاً ، أو شائناً ، كالضرب بالنعل مثلاً .

والهجر الجائز هو الهجر الجميل ، وهو الهجر من غير جفوة موحشة ، وهو المنصوص عليه في قوله تعالى : وأهجرهم هجرأ جميلاً .

والوعظ طبقات أخفها التنبيه الدينى أو الخلقى من غير تنقص ، وأعلاها اللوم ، والتنبيه إلى العيوب ونتائجها ، ولكل حال نوع من القول ، وطريق في الخطاب ، والعامل من عرف لكل أمر علاجه ، ولكل داء دواءه .

٢ - والقرار في بيت الزوجية من حقوق الزوج على زوجته ، لأنها القائمة بشئونه ، المحافظة على ما فيه ، والتوزيع الطبعى في الوجود يقتضى أن يكون عمل الرجل في الخارج وعمل المرأة في الداخل ، وكل من قال غير ذلك ، فقد خالف الفطرة ، وطبيعة الوجود الإنسانى ، ولذلك قال الله تعالى في حق المعتدات : « ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، وإذا كان خروج المعتدات فاحشة مبينة ، فأولى بذلك خروج المتزوجات .

والقرار في البيت حق للزوج إذا كان قد قدم لها معجل صداقها ، ولم يكن خروجها لصلة ذى رحم محرم منها ، وعلى هذا لا تخرج إلا بإذنه إذا كان قد قدم ما يجب عليه .

أما إذا كانت تريد زيارة ذى رحم محرم منها ، فإن كان أحد أبويها ، فلها زيارته ، ولو لم ياذن زوجها - كل أسبوع . أو يكون أحدهما في حال مرض ، فلها أن تعود من غير قيد ، لأن ذلك صلة للرحم ، ومنعها قطع للرحم ، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وإن كان غير أبويها ، فلها

أن تزورهم كل سنة مرة ، وقيل كل شهر ، وروى عن أبي يوسف أن لها أن تخرج لزيارة أبيها ومحارمها في المواعيد السابقة بغير إذن زوجها ، إذا كانوا يعجزون هم عن زيارتها ، أو يشق عليهم ، أما إذا كانوا لا يعجزون فليس لها أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها ، والمشهور هو الرواية الأولى وهي عدم الحاجة إلى الإذن في الحدود السابقة .

وليس لها أن تنبت عند أحد إلا بإذن زوجها ، وإذا كان أحد أبيها مريضاً ولم يجد من يتعهده سواها ، فلها أن تتعهده ، وتقيم عنده بقدر حاجته من التعهد من غير أن تكون عاصية أو آثمة سواء أكان أبوها مسلماً أم كان غير مسلم ، لأن الإحسان إلى الأبوين ، لا يشترط في وجوبه الإسلام .

ولس لها أن تدخل أحداً في بيته بغير إذنه ، إلا أن يكون ذارحم محرم في الأوقات السابقة ، أى يزورها أبواها كل أسبوع ، وسائر محارمها كل سنة على الراجح .

٣ — وما جعله الشارع أثراً للزواج ، وحقاً للزوج ثبوت الولد من الزوج ، إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة على تفصيل وقيود ، وذلك لأن الزواج يوجب ثبوت النسب ما لم يقم أمر قطعى ينفي الثبوت ، ولذلك يقول النبي ﷺ : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . والحنفية على أن السبب في ثبوت النسب هو نفس العقد من غير اشتراط الدخول ، أو إمكان الدخول ، لأن العقد هو الأمر الظاهر الذى تتعلق به الأحكام ، ولأن الحديث قد جعل فراش الزوجية هو السبب في ثبوت النسب من غير أن يشترط شرطاً ؛ وقال بعض الفقهاء : إن السبب الموجب لثبوت النسب هو العقد منع إمكان الدخول ، وذلك ما اختاره القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، على ما سنين إن شاء الله تعالى .

١٨٢ — وللزوج على زوجته حق رابع ذكرته السنة النبوية ، ولم

يذكره فقهاء الحنفية في فقههم، وهو القيام على شئون البيت ورعايته، والعمل في البيت من طهي وكنس وتنظيف بما يليق به حال زوجها من يسر أو عسر، وهو حق جرى العرف به في كل العصور، وجاء به الهدى النبوي الكريم. ولهذا قالت طائفة من فقهاء السلف إن عليها خدمة البيت والأولاد، وبه قال أبو ثور من أصحاب الشافعي، ولكن قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع، فليس من مقتضاء خدمة البيت والقيام بشئونه، وإن إعداد البيت واجب على الزوج، وحق للمرأة، ولذلك قال تعالى: «أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم».

وليس في أدلة الشرع ما يلزم المرأة بخدمة زوجها وأولادها وبيتها، ولو من طبقة تجيز ذلك، أما غير هؤلاء فقد قالوا إن الخدمة واجبة عليها في الدائرة التي تحدها حال الزوج المالية ومرتبته الاجتماعية التي تعلو بها زوجته، فإن كان ذا مال يخدم بالخدم والحشم كان عليها الإشراف لا الخدمة، وإلا فعليها الخدمة.

وذلك لما ورد من الآثار الصحاح التي تثبت أن نساء النبي كن يقمن بخدمة البيت، ونساء الصحابة كن كذلك.

ولقد قالت أسماء بنت أبي بكر الصديق خليفة رسول الله ﷺ وزوج الزبير بن العوام: «كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله، وكانت له فرس فكنت أسوسها وكنت أحش لها، وأقوم عليها».

ولقد ذهبت فاطمة بنت رسول الله ﷺ وسيدة نساء العالمين إلى أبيها تشكو إليه ما تلقى في يديها من الرحي.

والعرف جار بأن خدمة البيت بما يليق بمثل زوجها واجبة عليها.

وإن الرجل الذي لا خادم له إن جعلنا خدمة البيت ليست عليها تكون عليه، فيقوم بالخدمة في البيت والعمل في الخارج، وذلك ليس من العدل

في شيء . وإن الله سبحانه وتعالى جعل للرجال على النساء درجة ، فقال :
« وللرجال عليهن درجة » ، وهذه الدرجة تقتضى أن تكون خدمة البيت عليها ،
فوق ما بيننا من أثر ، وعرف ، وعدل .

لهذا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامى في شيء قول من يقول إن المرأة
ليست عليها خدمة بيتها أو القيام على شئونه وطهى طعامها ، وهو بعيد عن
الإسلام بعده عن المألوف المعروف .

١٨٣ — حقوق الزوجة على زوجها : للزوجة على زوجها حقوق :

أولها — العدل ؛ لأنه إذا كان الرجل هو صاحب الكلمة العليا في
البيت ، وله إرادة نافذة فيه ، فهو المسئول أولاً عن إقامة العدل ، وخصوصاً
أن له الطاعة والتأديب ، والمنع من الخروج ، والعدل المطلوب هو الذى تطيب
به النفس ويرتاح إليه القلب ، وتضان معه الحقوق .

ويكون العدل من المتزوج بواحدة أن يعاملها بما يجب أن تعامله به ،
بحيث لو فعلت به مثل الذى يفعل بها لقبله منها ، ولتذكر قوله تعالى : « ولهن
مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » ، وأن تلك الدرجة قد
حدها الشارع بالطاعة والتأديب غير الجافى والقرار في بيته ، ولقد قال
تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » ، وفسر بعض العلماء المعاشرة بالمعروف
بأن يعاملها بما يجب أن تعامله به ، ولقد قال النبي ﷺ « خيركم خيركم لأهله
وأنا خيركم لأهلي » .

أما إذا كان متزوجاً أكثر من واحدة فالعدل تتشعب نواحيه ، فيصبح
مطالباً بالعدل معهن جميعاً ، فلا يظلمهن ، بل يعاملهن بما يجب أن يعاملته به ،
ويكون مطالباً بالعدل بينهن ، فلا تنقص واحدة في المعاملة عن الأخرى ،
بل عليه المساواة في المعاملة الظاهرة بينهن ، وذلك شرط الحل دينياً ، فقد
قال تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

والعدل الظاهر هو المطلوب ، أما المساواة في المحبة القلبية ، فليست بمطلوبة ، ولذلك كان النبي ﷺ يقسم بين زوجاته ، ثم يقول : اللهم إن هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما تملك ولا أملك .

والعدل الظاهر هو : أولاً - القسم في البيات ، بأن يبيت عند الواحدة بمقدار المدة التي يبيتها عند الأخرى ، ولا فرق في ذلك بين المبكر والتأخر ، والقديمة والجديدة ، والعجوز والشابة . والمسئلة والكتاتية ، وهذا عند أبي حنيفة وأصحابه وذلك لأن السبب الذي يربطه بكل واحدة منهن هو الزوجية وهي قدر مشترك عند هؤلاء جميعاً . وإذا اتحد سبب العلاقة الشرعية ، وجبت المساواة فيها .

والقسم مطلوب في الصحة والمرض على السواء ، لأن النبي ﷺ كان يقسم بين أزواجه ، وهو مريض حتى أذن له في القرار في بيت عائشة رضي الله عنها ولولا أن القسم حقهن في المرض ما كان عليه السلام في حاجة إلى أذنه ؛ ليقر في بيت عائشة .

ولا يسقط القسم إلا في السفر ، فإن له في سفره أن يصطحب أى واحدة أراد ، وإن قدم من السفر فليس عليه أن يقيم عند الأخرى بمقدار المدة التي صاحبته هذه فيها ، ولكن الأفضل أن يختار عند السفر واحدة منهن بالقرعة ؛ وأوجب بعض الفقهاء ذلك لتطيب نفس الأخرى ، ولا تحس بمرارة التفضيل ، وزيادة المحبة لعزرتها .

ولصاحبة الحق في القسم أن تنزل عنه للأخرى ، لأن القسم حقها ، وما دام خالصاً لها ؛ فلها إسقاطه ، ولقد روى أن سودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ نزلت عن القسم لعائشة رضي الله عنهما .

وثاني الأمرين اللذين يتكون منهما العدل الظاهر بين الأزواج المساواة في النفقة بشعبها الثلاث ، وهي الطعام ، والسكنى ، والكسوة . وذلك لأنه

على حسب المعمول به الآن ، وهو قول جمهور الفقهاء أن النفقة تقدر على حال الزوج ، وعلى ذلك يجب أن يسوى بين أزواجه في النفقة ؛ لأن أساس التقدير وهو حاله من يسر أو عسر واحد بالنسبة لجميعهن — فتجب لهن بقدر واحد ، فتسوى فيها الغنية والفقيرة ، وابنة الأمير وابنة الخفير .

هذا هو الحق الأول من حقوق الزوجة ، وثانيها المهر ، وثالثها النفقة ، ولما كان هذان الحقان لهما أحكام تفصيلية ، وهى مطبقة فى دور القضاء الشرعى كان لابد من بيانها بالتفصيل ، وإفراد باب قائم بذاته لكل واحد منهما .

المهر

١٨٤ - المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو حكم من أحكام عقد الزواج ، أى أثر من آثاره ، وليس شرط صحة ، ولذا ينعقد الزواج من غير ذكر المهر ، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر ، ولو اتفق الزوجان على أن لا مهر .

وشرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر ، وليس عوضاً كما فهم بعض الناس ، ولذلك قال كمال الدين بن الهمام : « إنه شرع لإبانة لشرف عقد الزواج » . إذ لم يشرع بدلاً ، كالثمن والأجرة ، وإلا وجب تقديم تسميته ، ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة ، فقد قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (أى عطاء) وهذا التعبير يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته ، ولكنها هدية لازمة لزوماً متراخياً من غير وكس ولا شطط ، ومن غير عنت ولا إجهاد .

فالمهر شرع على ذلك هدية لتقريب القلوب ، ولذلك منع النبي ﷺ على بن أبى طالب من الدخول على زوجته فاطمة بنته عليه السلام ، حتى يعطيها شيئاً من المهر .

ولكن لماذا كان المهر أو تلك الهدية على الزوج دون الزوجة ؟ الجواب عن ذلك أن النظام الطبعى فى الوجود جعل الرجل يعمل لكسب المال والمرأة تقوم على شئون البيت فكانت التكاليف المالية كلها عليه ، وكان من المناسب أن تكون هدايا الزواج المالية عليه أيضاً فهو يقدم هذا المال ليكون أمانة المودة وهى من قبيل البر والإخلاص .

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها تستقبل حياة جديدة ،

وهي تحتاج في سبيلها إلى ثياب ، وزينة وعطر يليق بجهاها ، فكان من اللازم أن يقوم لها الزوج ببعض ما يعينها على ذلك ، ولذا أوجب الله المهر وأوجب العرف أن يقدم بعضه على الزفاف إليه .

وقد جرى عرف الناس على أن المرأة هي التي تعد أثاث البيت وما يحتاج إليه من فراش ، فكان من الواجب أن يعاونه الزوج على ذلك ببعض المال يقدمه ، فكان هو المهر ، أو بعبارة أدق معجله .

هذا وفي وجوب المهر فوائد أخرى كثيرة ^(١) يخرجنا بيانها عن مقصدنا ،

١٨٥ — المهر حكم من أحكام العقد الصحيح ، وقد تقرر أن العقد الفاسد لا يترتب عليه أى حكم من أحكام النكاح ، لأن الشارع لا يقر بوجوده ، ولكن قد يصحبه دخول ، وتكون ثمة شبهة تسقط الحد ، فيكون المهر ، لأنه حينما سقط الحد وجب المهر ، على ما هو مقرر في الفقه الإسلامى عامة ، فيكون المهر بسبب الدخول بشبهة ؛ لا بسبب العقد ذاته ، ولذا قالوا إن الدخول في العقد الفاسد هو الذى يوجب المهر . والعقد لا يوجبه .

أما الزواح الصحيح فالعقد هو الذى يوجبه ، ويجب حكما من أحكامه ؛ ولا يجب شرطا من شروطه . فهنا قضيتان : إحداهما وجوب المهر ، والثانية وجوبه على أنه أثر لا شرط . ولذلك وجب أن تثبت القضيتين من النصوص الإسلامية .

(١) مما ذكره صاحب البدائع في فوائد المهر من نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لعينه » بل لمقاصد أخرى لإحصول لها لا بالدوام على النكاح ؛ وإقرار عليه لا بدوم لا بوجوب المهر بنفس العقد ؛ لما تجرى بين الزوجين من الأسباب التى قد يحمل الزوج على الطلاق - من الوحشة والخشونة ؛ فلم يجب المهر بنفس العقد لا ينال الزوج عن إزالة الملك بأذى خشونة تحدث بينهما ، ولأنه لا يشق عليه إزالته ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكترمة عند الزوج ، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها لا بعمل له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق مصابته يمر في الأغنى وما تيسر طريق مصابته يهون في الأغنى ، ومنى هانت في عين الزوج تنزعها الوجبة ، فلا يحصل مقاصد النكاح » .

أما القضية الأولى: فقد ثبتت بالقرآن الكريم فقد قال تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين . وقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ، فدللت هاتان الآيتان على أن المهر واجب بإيجاب الشارع .

أما القضية الثانية : وهي أن المهر ليس شرط صحة ، فقد ثبت بالقرآن والسنة ، أما القرآن فقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره . متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين » ، فدللت هذه الآية على أنه لا وزر إن كان طلاق قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر ، ولا طلاق إذا لم يكن عقد صحيح ، فكان هذا دليلاً على أن العقد يتعقد صحيحاً إذا لم يسم مهر فيه ؛ ولو كان المهر شرطاً للصحة ما صح عقد الزواج من غير تسمية مهر .

أما السنة فإروى أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض لها شيئاً ، فجعل يرده شهراً ، ثم قال أقول فيه برأى . فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد ، وفي رواية فني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان : أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجلان ، وقالوا نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك هذه ، فسر ابن مسعود رضي الله عنه سروراً لم يسر قط مثله بعد إسلامه ، لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله ﷺ . وهذا الحديث يدل على أن الزواج من غير ذكر مهر صحيح ، وأن المهر ليس شرطاً للصحة ، وأن الواجب عند عدم تسمية مهر هو مهر مثلها .

١٨٦ — وإذا كان المهر أثراً من آثار العقد في الزواج الصحيح ، فهو حق للمرأة ، ولها أن تسقطه ، وتبرئ زوجها منه ، إن كان ديناً لم تقبضه ، ولها أن تهبه له إن قبضته ، أو كان عيناً ، ما دامت من أهل التبرع واستوفى الأبراء أو الهبة شرطهما المقررة لها شرعاً .

ولكن عند تسمية المهر في العقد لا يكون حقاً لها وحدها ، بل لا بد من ملاحظة حقين آخرين :

(أحدهما) أن الأولياء العصبية لهم أن يعترضوا إذا سمي ما هو أقل من مهر المثل عند أبي حنيفة ، وأن النكاح يفسخ باعتراضهم ، أو يزداد المهر المسمى إلى مهر المثل ، كما بينا في موضعه .

(ثانيهما) أن كثيرين من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لا ينقص عنه ، ولا يسمى ما دونه ، لو ورد آثار تثبت ذلك الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر في عقد النكاح لشرف العقد ، وللمعاونة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لا ينزل بشرف العقد ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

وقد اختلف الذين جعلوا للمهر حداً أدنى في مقداره ، ورأى الحنفية المعمول بمذهبهم في مصر وسوريا والعراق ولبنان أنه عشرة دراهم ^(١) ، وحجتهم في ذلك ما روى عن عمر وعلى وعبدالله بن عمر أنهم قالوا لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم ، وما كان لهؤلاء العلية من الصحابة أن يذكروا تقديرًا معيناً لا يعرف بالرأى إلا أن يكونوا قد سمعوه من رسول الله ﷺ ، فكان ذلك في مرتبة الحديث الصحيح المسند إليه عليه السلام ، وقد ذكروا في هذا خبراً آخر نسبوه إلى النبي ﷺ ، وهو ما روى عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : لا مهر أقل من عشرة دراهم ، ، ولكن رواية هذا الخبر فيها كلام يضعف الاستدلال به ، وفيما نقل عن الصحابة ما يكفي للإثبات .

(١) عشرة الدراهم المذكورة هي التي كانت في الزمن السابق يقدر وزنها بوزن سبعة دنانير ، وذلك لأن الدراهم التي كانت مستعملة في عصر عمر رضي الله عنه كانت ثلاثة أنواع ، منها ما كان وزن العشرة عشرة مثاقيل ، ومنها ما كان وزن العشرة ستة مثاقيل ومنها ما كان وزن العشرة خمسة ، فاختلف عمال بيت المال مع دافعي الزكاة والخراج ، فجمع عمر رضي الله عنه الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها ، فصار المعتبر من ذلك الوقت أن وزن عشرة دراهم سبعة مثاقيل في كل المقدرات المصرية ، والمثقال أو الدينار هو العملة الرئيسية ، وهو من الذهب ووزنه أكثر من نصف الجنيه بقليل جداً ، أما الدرهم فن الفضة ، وعشرة الدراهم تساوي بالعملة المصرية في الأوقات التي لا تضخم فيها خمسة وعشرين قرشاً .

١٨١٧ - ومالك يرى أن أقل المهر ربع دينار ، أو مقدار ثلاثة دراهم ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوى ربع دينار ، ولكن في قوله إن وزن النواة ربع دينار فظن ، إذ قدرت النواة بخمسة دراهم ، ويجوز أن يكون ما ذكر هو المعجل ، وعلى فرض أنه المهر كله ، فهو حجة على أبي حنيفة في تقديره ، وليس حجة على من لم يقدروا للمهر حداً أدنى .

وهناك تقديرات أخرى ، فقدر ابن شبرمة الحد بخمسة دراهم ، وقدره سعيد بن جبير بخمسين درهماً ، وقدره النخعي بأربعين ، وكلها تقديرات بنيت على ورود آثار كان المهر هو هذا المقدار ، ولم تمنع منعاً قاطعاً مادونه . والشافعي ، ومعه بعض الفقهاء لم يعتبر للمهر حداً أدنى ؛ بل كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن يكون مهرآ ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فكل ما يسمى مالا ، قل أو كثر تصح تسميته مهرآ ، لقوله ﷺ « التمس ولو خائماً من جديد » ، والخاتم من حديد لا يساوى عشرة دراهم ، ولا خمسة ، ولا ثلاثة .

١٨٨ - وليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء ، ولقد روى أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه رأى من بعض الناس مغالاة في المهور ، فأراد أن يجعل للمهور حداً أعلى لا يتجاوزه أحد ليكون الزواج سهل المثونة ، فلما هم بأن يدعوا الناس إلى ذلك خطأته امرأة ، وتلت قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم إحداهن قنطارآ ، فلا تأخذوا منه شيئاً ، تأخذونه بهتاناً ، وإثمأ مبيناً » فسكت الفاروق أمير المؤمنين ، وقال : أخطأ عمر ، وأصاب امرأة . وروى أنه قال : « خاصمت امرأة ، عمر شخصته » .

وإن الإمام عمر إذا كان قد غلب في هذه المخاصمة ، فإنه لم يكن الباعث الذى بعثه إلا مستمداً من روح الشريعة ، وهو تيسير الزواج ، الذى دعا

إليه النبي ﷺ ؛ إذ قال : إن أعظم النكاح بركة أيسره مشوئة ، وروى عنه عليه الصلاة والسلام قال : « خير الصداق أيسره » .

١٨٩ — والمهر إذا كان واجباً على أنه أثر من آثار العقد ، لا على أنه شرط من شروط الصحة ، لا يلزم تقديمه عند إنشاء العقد ، أو قبل الزفاف ، بل يجوز أن يقدم بعضه ، ويؤخر الباقي إلى أجل معلوم كسنة أو شهر ، كما يجوز تأخيرها إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة . فإذا كان الطلاق البائن ، وجب المؤجل ، وإن كان الموت ثبت المؤجل في تركته إن كان المتوفى هو الزوج ، وإن كان المتوفى هو الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج ، ويكون المهر جزءاً من تركتها يقسمونه فيما بينهم .

ويجوز ألا يقدم شيء من المهر قط ، ويتفق الزوجان على تأجيله كله إلى أجل معلوم ، أو إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة ^(١) .

وإن سمي المهر ، ولم يذكر شيء خاص بتأجيله أو تعجيله قال أبو حنيفة وأصحابه يتبع عرف البلد الذي كان فيه العقد ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فإذا كان العرف تقديم الكل قدم ، وإن كان العرف تقديم النصف قدم ، وإن كان العرف تقديم الثلثين كان الواجب تقديمه قبل الدخول للثلثين . وعرف بعض البلاد المصرية تقديم الثلثين ، وبعضها تقديم النصف .

(١) لقد جاء في حاشية الزرقاني المالكي ما نصه : « يكره التأجيل في الصداق كله متى أجل معلوم ولو إلى سنة ؛ لئلا يتذرع الناس إلى النكاح بمير صداق ؛ بأن يظهر أن هذا صدقاً ثم تسقطه المرأة ، ولما افتتحت لكحة السلف هذا وبلاط في مذهب مالك أمران في هذا المقام : (أحدهما) أن المهر إذا كان معيناً لا يصح تأجيله ؛ ولو استمرطاً تأخير قبضه إلى ما بعد الدخول أثر ذلك في صحة العقد . ولذا كان غائباً غيبة قريبة يمكن لحضاره في يومين أو دون ذلك جاز تأجيله إلى هذه المدة استثناءً لغيرها ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يصح التأجيل . (الأمر الثاني) أن الأجل في غير المدين إذا كان مجهولاً يفسد العقد . ويكون من الواجب فسخ "مقد قبل الدخول ، لا بعده .

وبعض الفقهاء يقول إنه إذا لم ينص على مؤجل ومعجل كان الأصل هو التعجيل أى يجب تقديم المهر كله قبل الدخول ، لأن الأصل أن المهر يجب تمام العقد ؛ لأنه حكم من أحكامه ، وعقد الزواج لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ، فكان الواجب تعديله بمجرد تمام العقد ، ولكنه يخر بالشرط ، ولا شرط فيبقى الأصل .

المهر الواجب

١٩٠ — يختلف المهر الواجب باختلاف التسمية وجوداً وعدمأ ، وباختلاف مقدارها ؛ فقد يكون الواجب هو المهر المسمى في العقد ، وقد يكون الواجب هو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب الأقل من المسمى وهو المثل .

وجوب المسمى : ويجب المسمى إذا كان في العقد الصحيح أو بعده تسمية صحيحة معتبرة ، بأن يكون المسمى مالا متقوماً معلوماً علماً ليس فيه جهالة فاحشة ، ولم تكن التسمية أقل من عشرة دراهم عند الحنفية . أو ما جعل حداً أدنى عند غيرهم . ولا يلزم أن يكون المسمى من النقود ، بل يصح من غير النقود من المثليات أو القيميات ، فيصح أن يكون المهر عقاراً ، كقصر أو ضيعة .

والجهالة اليسيرة في التسمية تغتفر ، والجهالة الفاحشة لا تغتفر ، وحدما بين الفاحشة واليسيرة ، هو الوصف ، فإذا كان الوصف غير معلوم . ولكن الجنس والنوع معلومان ، فإن التسمية تصح ، كأن يكون المهر قطن جيزة . ولم يذكر رتبته فيعتبر الوسط ، وتعد هذه جهالة يسيرة ، ولكن إن جعل المهر حيواناً ، ولم يبين ماهو ، فهي جهالة فاحشة فلا تصح التسمية لأنه لا يعلم أى نوع من الحيوان يدفع .

وعند وجوب الوسط حال جهالة الوصف لا يكون الوسط هو المتعين. للدفع ، بل يخير الزوج بين أن يدفع الوسط أو قيمته ، ولو كان المسمى مثلياً ، كالقطن وذلك لأن الوسط لم يثبت في الذمة ، حتى يجب مثله ، إذ الذي يثبت في الذمة يجب أن يكون معرفاً بالحس والنوع والوصف ، وهذا لم يعرف بالوصف ، فلم يثبت في الذمة ، ولا يمكن أن يعين بذاته لأنه غير معين بالتميين بل هو معروف بتعريف ناقص ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب الوسط غير معين ، أو قيمته .

والوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، إذ أنه عند تحري معرفة الوسط تكون وسيلة التحري هي القيمة ، فعند معرفة المهر الواجب في هذه الجهالة تكون القيمة هي المقياس فتثبت هي في الذمة ؛ فصار الوجوب يتنازع أصلان ، القيمة باعتبارها المقياس لمعرفة الوسط ، والوسط باعتبارها المذكور في العقد فيجوز له أن يدفع أيهما شاء .

ولما جازت التسمية مع الجهالة واليسيرة ، لأن المكارمة تجري في المهور ، فلا تؤدي هذه الجهالة إلى المشاحة كالبيع ؛ إذ الأمر فيه مبنى على المساومة . وحيث كانت المساومة ، كانت المنازعة عند الجهالة ؛ ولأنه إن فسدت التسمية كان الواجب مهر المثل ، وهو أشد جهالة من هذا .

وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد ، ومذهب الشافعي أن هذه الجهالة تجعل التسمية غير صحيحة .

١٩١ — ويصح أن تكون المنافع مهرأ وتسميتها تكون تسمية صحيحة إذا لم تكن جهالة فاحشة ، فإذا كان المذكور منافع عين معينة مدة معلومة ، أو منافع معينة يقدمها الزوج لزوجته ، أو لذي رحم محرم منها ، ويتراضيان على أن تكون مهرأ أو بعض المهر ، فإن التسمية تكون صحيحة ، ويكون الواجب من المهر هو المسمى .

ولكن اختلف فقهاء المذهب الحنفي في صحة التسمية إذا كانت المنافع المسماة خدمة الزوج لزوجته مدة معلومة فقد قال الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف التسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل ، وقال محمد التسمية صحيحة ولكن يكون المهر هو قيمة هذه المنفعة المسماة لا ذاتها ، لأن التسمية صحيحة مستوفية للشروط ، ولكن لا يمكن استيفاؤها ؛ لأنه يكون في هذه الحال عليه طاعتها والأصل أن طاعته هو واجبة عليها له ، ولهذا التعلل وجبت قيمتها مع صحتها .

أما الشيخان فقالا إنه مادام قد تعذر الاستيفاء ؛ لأن فيه قلباً للأوضاع الشرعية ، كانت التسمية باطلة كتسمية غير مقدور التسليم .

ويلاحظ أن موضع الخلاف يفيئاً هو فيما إذا كانت المنافع المسماة هي خدمة الزوج البيئية لها ، أما غيرها ؛ كزراعة أرضها ، أو بناء دارها ، أو رعى أغنامها ، فقد اختلفت فيه الرواية ، قيل إنه يجري فيه الخلاف ، وقيل إنه لا يجري فيه الخلاف ، واختلف الترجيح .

ويلاحظ أن المنفعة التي يصح تسميتها يجب أن تكون معلومة علماً ليس فيه جهالة فاحشة كما بينا ، ويجب أن تكون مباحة شرعاً ، فإن كانت غير مباحة شرعاً ، كبعض أنواع اللهو . فإن التسمية تكون باطلة ويجب مهر المثل .

١٩٢ - وقد تكون التسمية مكونة من المال والمنفعة ، فيسمى في العقد مالا مع شرط منفعة معلومة لها ، أو لذى رحم محرم منها ، وفي هذه الحال يكون عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة مع المال المسمى . سواء أكانت هذه بما يقوم بالعقد كسكنى دار ونحوها ، أم لا تقوم بعقد كأن تشترط أن يطلق ضررتها (١) وذلك بلا ريب منفعة لها . مع ملاحظة شرط أن تكون المنفعة

(١) الفقهاء يعتبرون الطلاق مباحاً قضاءً ، وإن كان يأثم فيما بينه وبين الله إن طلق من غير حاجة إلى طلاق ، وقد جاء بعض تفريعات الفصاحة في اشتراط طلاق الضررة فإنهم يفرقون =

مباحة كما بينها ، وإذا كانت المنفعة لغير ذى ربح محرم ، فإن اشتراطها يكون لغواً ، ويكون المعتبر هو المسمى فقط : لأن ذلك يكون شرطاً سداً فيصح العقد والتسمية ، ويلغو ذلك الشرط بخلاف ذى الربح المحرم ، إذ أن منفعتها منفعته فإن اشترطت له ، فكأنما اشترطت لها فلا زيادة على مقتضى العقد إذ ذلك جزء من المهر .

وإذا وفي بالمنفعة المذكورة مع المسمى ، وجب المسمى ، وإن لم يوف بها وجب مهر المثل بشرط ألا يقل عن المسمى . أما وجوب مهر المثل ، فلأنها ما رضىت بالمسمى وحده ، إنما رضىت به منفعة أخرى قد اشترطتها ، ولم يف بها فكأن التسمية صارت باطلة ، فيجب مهر المثل ، وإنما يشترط ألا يقل عن المسمى ؛ لأنه رضى به مع منفعة يقدمها ، فأولى أن يرضى به عند الوفاء بهذه المنفعة .

١٩٣ - هذا ويلاحظ أن زفر لا يعتبر كل منفعة مشروطة مع مهر مسمى واجبة الوفاء ، بل إن المنفعة الواجبة هي التي يمكن أن تقوم بمثل في العقد كاشتراط منفعة عين ، أو نحو ذلك ، فإن لم تكن بما يقوم بالمال كطلاق ضررتها أو اشتراط ألا يتزوج عليها ، فإن الشرط يعتبر لغواً لا يلتزم إليه ؛ ويكون الواجب هو المسمى فقط . لأن ما يكون جزءاً من التسمية هو ما يجب الوفاء به من الأموال أو المنافع التي تقوم بالمال في العقود . فإن لم تكن كذلك فليست جزءاً من التسمية ، فيكون ذكرها لغواً .

== في اشتراط تطابق الضرة بين التعبير بالمضارع ، والتعبير بالمصدر ، فإنه إذا قال ابن يتزوجها عند إنشاء الزواج : تزوجتك على مائة جنيه بشرط طلاق ضررتك يقع الطلاق بمجرد عقد الزواج ، ويكون رجعيًا . لأن ذلك يعتبر تمليقاً للطلاق على الزواج ، فالطلاق يقع بوقوع المعلق عليه ، وهو طلاق ليس في مقابل مال ، أما إذا كان التعبير بالقول المضارع كأن يقول تزوجتك على مائة بشرط أن أطلق الضرة ، فالطلاق لا يقع إلا بقول جديد ، ويكون من حيث البينة على حسب حاله (راجع الجزء الثالث ص ١٥١) .

أما أبو حنيفة والصاحبان فقالوا إن كل شرط يكون فيه نفع لها ، ولو لم يكن مقوماً بمال ، فهو جزء من التسمية ، وعند تخلفه يؤثر فيها ، لأنها إنما رضيت على أساس الشرط والتزام الوفاء به ، وفيه منفعة لها مباحة شرعاً وإن لم تكن مقومة ، فإذا لم يوف بها فقد فأت الرضا بالمسمى ، فيرجع إلى مهر المثل ، إلا إذا كان أقل من المسمى ، فيجب المسمى لأنه رضى به مع اشتراط منفعة لها ، فأولى أن يرضى به مع عدمها ، كما ذكرنا .

١٩٤ — وقد تقرر التسمية بشرط فيه منفعة للزوج غير مقومة بمال أو مقومة ، أو بوصف مرغوب فيه ، كأن يسمى مائة على أن يسافر بها أو على أنها بكر ، ^(١) وفي هذه الحال إذا تحققت المنفعة ، وثبت الوصف المرغوب فيه ، فإن لها المسمى كاملاً إذا تحقق شرطه الذي اقترن به ، فإن لم تحقق المنفعة أو لم يثبت الوصف ، ففي هذه الحال يجب مهر المثل على الأزيد على المسمى ، لأنه ما رضى بالمسمى إلا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه : أو المنفعة المشروطة ، فإذا فأت ما اقترنت به التسمية فقد فأت الرضا بالمسمى لأنها رضيت به رضاً حراً ، مع تقديمها منفعة أو تحقق وصف ، فأولى أن ترضى به مع فواته .

١٩٥ — وقد يردد المهر بين منفعة لها أو له ، فيكون في المهر تسميتان : (إحداهما) مقترنة بمنفعة لها ، (والثانية) غير مقترنة ، أو مقترنة

(١) كان اشتراط البكارة مع المسمى موضع كلام في كتب الفقه الحنفي ، وقد جاء في ابن عابدين نقلاً عن البرازية « تزوجها على أنها بكر ، فإذا هي ليست كذلك يجب المهر حلاً لها على الصلاح بأن يفرض أنها زالت بوثبة ، فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر . فإذا هي غير بكر لا تجب الزيادة ؛ لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه . وقد فأت فلا يجب ما قبل به . ولكن إطلاق أصحاب الدرر والوقاية ، وملتق الأنهر يفيد عدم الرجوع بالزيادة على مهر المثل » .

وترى من هذا أنه تبين أن البكارة غير قائمة لا يحمل عدم وجودها على أنها غير محصنة ، بل أنها زالت بوثبة ، وأن عبارات السكيت فيها بعض الاضطراب والاختلاف ، والراجع ما اخترنا .

بمنفعة له ، أو لإحداهما مقترنة بوصف مرغوب فيه له ، والثانية غير مقترنة ، كأن يذكر أن المهر مائتان إن كانت له زوجة أخرى ، ومائة إن لم يكن له زوجة أو مائة جنيه إن أقام بها ولم يسافر ، ومائتان إن سافر ، أو على مائتين إن كانت بكرًا ، وعلى مائة إن كانت ثيبًا ، أو على مائة إن كانت جميلة ، وعلى خمسين إن كانت دميمة (٢) وهكذا .

فإن كانت التسمية على هذا الشكل ، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك على ثلاثة أقوال ، فقال الصاحبان إن التسمية على هذا الوجه صحيحة وأي شرط تحقق وجب ما يقابله من المسمى ، وقال أبو حنيفة التسمية صحيحة ، فإن تحقق شرطها وجبت ، وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل على ألا يزيد على الأكثر ، ولا ينقص عن الأقل ، وقال زفر التسميتان فاسدتان ، وعلى ذلك يجب مهر المثل في كل الأحوال بشرط ألا يقل عن الأدنى ، ولا يزيد على الأكثر .

وحجة الصاحبين أنه إن كان هناك تسميتان - كانت على طريق البدل ، أى أن كل تسمية هي في حال تختلف عن حال الأخرى ، ولا تجتمع الحالان ؛ لأنهما متضادان ، أو شبه متضادين فكأن هناك تسمية واحدة ، إذ أنه إذا سافر بها تعينت تسمية السفر ، وإن أقام بها تعينت تسمية الإقامة ،

(١) قال بعض الفقهاء أن التردد بين البكارة والثبوت ، والبيع والجمال لا خلاف فيه بين الفقهاء في المذهب الحنفي ، وأنهم متفقون على أن التسميتين صيحتان ، ولكن كمال الدين ابن الهمام في فتح القدير يرجح أن الفسخ والجمال على الخلاف ، فيقول : « واعلم أنه نقل عن الدبوسي أنه لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق ؛ لأنه لا خطر في التسمية الثانية ، لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً ، غير أن الزوج يجهله ، وجهاته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه ، واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة ، أو ليست له امرأة ، وبألفين إن كانت حرة الأصل ، أو له امرأة ، ولكن الخلاف منقول فيهما ، والأولى أن تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نس في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما » وإذن فكل تردد على الخلاف .

وأُلغيت الأخرى ، وإذا كانت ثمة تسمية واحدة فإنها يجب إن وجد شرطها ، إذ لا تنازعها تسمية أخرى .

وحجة زفر أن في العقد تسميتين ثابتتين معاً في وقت واحد . لا على طريق المبادلة ، وأن ما اقترن بهما من شروط لغو لسبيين :

(أحدهما) أن كل شرط فيه منفعة لا تقوم بمال لغو لا يلتزم إليه كما هو أصل مذهبه . وهذه الشروط التي تردد معها التسمية تشتمل على منافع لا تقوم بمال ، فذكرها لغو .

(وثانيهما) أن الإقامة وأخوانها شروط فاسدة . لأنها ليست من مقتضى العقد ، وبعضها يثبت من غير اشتراط ، فهو في حكم اللغو أيضاً .

وإذا كانت الشروط ملغاة ، فإن العقد قد اشتملت التسمية فيه على تقديرين في حال واحدة ؛ فتكون التسمية فاسدة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، ولكن لأنها رضية بالأكثر حداً أعلى فلا يزداد عليه ، ولأنه رضى بالأقل حداً أدنى فلا ينقص عنه .

ووجهة أبي حنيفة أن التسمية الأولى تسمية منجزة غير معلقة على شرط بل اقترنت بها منفعة لأحدهما ، والثانية معلقة على شرط ، فإن تحققت المنفعة المقترنة بالتسمية الأولى وجبت تلك التسمية ، ولا جباله فيها ، وإن لم تتحقق تلك المنفعة ، فإن تلك التسمية لا تلغى بل تستمر قائمة ، أما التسمية الثانية ، إذا تحققت شرطها ، فتمتبر قد ذكرت مع تسمية أخرى هي التي اقترنت بشرط منفعة وقد تخلف الشرط ، وعلى ذلك إذا تحققت شرط الثانية يكون هناك تسميتان في حالة واحدة ففسدت كليهما ، ويجب مهر المثل على ألا يزيد على الحد الأعلى لرضاها به ولا ينقص عن الأدنى لرضاه به .

١٩٦ — وجوب عشرة دراهم : يقرر الفقهاء الحنفية أن أقل المهر عشرة دراهم ، فلا تجوز تسمية أقل منها ، وإذا سمي الزوج أقل من عشرة دراهم

وجبت عشرة دراهم ، وقال زفر إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل ؛ وذلك لأن التسمية حينئذ لا يعتبرها الشارع فتبطل ، ويصير العقد غالياً من التسمية ؛ إذ تسمية ما لا يصلح مهرأ لا تعد تسمية ، وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل .

ووجهة أبي حنيفة والصاحبين أن التسمية في ذاتها صحيحة لأن المسمى معلوم ، وهو مال متقوم ، ولكنها أقل مما قرره الشارع ، فترفع إلى ما قرره ، وهو عشرة دراهم ، ومن جهة ثانية إنه لما ذكر بعض العشرة التي هي أقل ما يصلح مهرأ كان كأنه ذكرها كلها ، إذ هي لا تقبل التجزئة والنقصان ، وذكر بعض ما لا يقبل التجزئة في نظر الشارع ذكر له كله ، كمن يعفو عن بعض الدم فإنه يكون عفواً عن كل الدم ؛ وإذا عفا بعض الأولياء ثبت العفو كاملاً ، ومن أعتق بعض عبده عتق كله . . . لأن هذه حقائق لا تقبل التجزئة ، ولما كانت عشرة الدراهم لا تقبل التجزئة ، فإذا ذكر بعضها ، كنخسة مثلاً ، فقد ثبت كلها ، وهو عشرة .

وإذا كان المهر المسمى ليس من الدراهم وقيمه أقل من عشرة يرفع إلى عشرة أو ما قيمته عشرة ، والعبرة بالقيمة وقت العقد ، لا وقت القبض ؛ لأن شرط الشارع يجب تحقيقه وقت الإنشاء فقط .

١٩٧ — وجوب مهر المثل : مهر المثل يجب في مذهب أبي حنيفة في

ثلاث أحوال :

(الحال الأولى) إذا لم يسم شيء في العقد ، وتسمى المرأة في هذه الحال المفوضة ؛ لأنها فوضت أمر مهرها ؛ ووجب مهر المثل في هذه الحال ؛ لأنه بالعقد عليها وجب لها مهر لا محالة ، فإن كان هناك مهر مسمى ثبت ؛ وإن لم تكن هناك تسمية اتجه الوجوب إلى مهر المثل ، وقد ثبت ذلك بحديث ابن مسعود عن النبي الذي وافق فتواه فيمن مات زوجها ، ولم يسم مهرأ ، فقد قال « إن لها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط » .

(م ١٦ — محاضرات في الزواج)

(الحال الثانية) إذا كانت هناك تسمية ، ولكنها فاسدة لجهالة فاحشة أو لأن المسمى مال غير متقوم ، ففي هذه الحال يجب مهر المثل لأن التسمية الفاسدة تعتبر كلاً تسمية ، وتعتبر التسمية أيضاً في حكم الملغاة ، إذا كان المسمى أقل من مهر المثل ، ولها ولي عاصب واعترض ، فإنه في هذه الحال يجب أن يرفع المهر إلى مهر المثل أو يفسح العقد ، وذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقد بيناه مراراً .

(الحال الثالثة) أن يكون هناك اتفاق على نفى المهر ، ففي هذه الحال يجب مهر المثل ، لأن المهر حكم من الأحكام التي جعلها الشارع مترتبة على عقد النكاح فلا يملك العاقد نفياً ، وإن نفاها بشرط مقترن بالعقد كان الشرط فاسداً ، وأحكام الشروط الفاسدة في النكاح أنها إن اقترنت بالعقد يصح العقد وتلغى ، ويجب المهر ، وإذا لم تكن تسمية يتجه الوجوب إلى مهر المثل . ومن صور نفى المهر نكاح الشغار ، وهو أن يزوج رجل آخر من هي في ولايته على أن المهر أن يزوجه الآخر من هي في ولايته ، فمهر كل واحدة زواج الأخرى من الولي ، وقد كان هذا النوع من النكاح معروفاً في الجاهلية ، ومذهب الحنفية فيه أن زواج كليهما قد خلا من ذكر المهر واشترط نفية ، فيصح زواجهما ، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلاً ، إذا هما قد اتفقا على إسقاط مهرهما ، فيبطل ذلك ، ويصح عقد الزواج ، إذ لا موجب لإبطاله ؛ لأنه شرط فاسد قد اقترنت به ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة .

١٩٨ — ونكاح الشغار قد ورد النهي عنه ، فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار ، وفسر الشغار بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق .

وقد قال الحنفية إن النكاح صحيح ويجب مهر المثل لكل واحدة منهما لما بينا ، وقال فيه مالك والشافعي وأحمد إن النكاح فاسد ، وأساس

اختلاف أبي حنيفة مع سائر الأئمة الأربعة هو علة النهى ، فأبو حنيفة اعتبر علة النهى عدم التسمية ، ويزول أثر عدم التسمية بوجوب مهر المثل ، فيسلم العقد ؛ والأئمة الثلاثة جعلوا علة النهى عقد زواجين في عقدة واحدة ، ولذلك فسد العقد ؛ لأن النهى منصب على صيغة الإنشاء .

ولذلك تصور هؤلاء أن يكون شغار مع ذكر مهر مسمى ، أما أبو حنيفة ، فلم يعتبر الشغار إلا في عدم التسمية ، ولذلك لم يجعل الشغار مجتمعاً مع تسمية مهر ، إذ أنه في حال التسمية لا شغار .

١٩٩ — تقدير مهر المثل : ومهر المثل الذى يقرر الفقهاء وجوبه في كثير من الأحوال هو مهر امرأة من أسرة أبيها . كاختها وعمتها وابنة عمها . فإن يكن من أسرة أبيها من تماثلها ، اعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها ، ولا ينظر إلى قرابة الأم^(١) .

والمائلة المعتمدة أن تماثل المراتان في السن والجمال^(٢) والمال ، والعصر ، والعقل ، والدين ، والبكارة ، والثبوة ، والأدب والخلق ، وكونها ذات ولد أو ليست كذلك ، فإن لم تثبت المائلة في هذه الصفات بينها وبين امرأة قريبة ، انتقل التقدير إلى امرأة أبعد منها يماثلها فيها .

ولقد نص فتح القدير على أنه يعتبر حال الزوج أيضاً بأن يكون زوج هذه ، كأزواج أمثالها في المال والحسب وعدمها ، فإنه إذا كان الزوج في حال يرغب في مثلها يتساهل معه في المهر ، بما لا يتساهل مع غيره .

(١) وخالف الشافعى ، فقال إن لم يكن من أسرة أبيها من يماثلها اعتبر من يماثلها من أقاربها ذوى رحا أماً كانت قرابتهم ، لأن القرابة ولو من الأم أولى بالاعتبار ، ووجه نظر الحنفية أن نسب الإنسان من قبل أبيه ، فكان هو المعتبر ؛ وأن حديث ابن مسعود يقول : لها مثل مهر نساءها وهن قرابتها من الأب .

(٢) في فتح القدير « قيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف ، بل في أوساط الناس » .

ويثبت مهر المثل بشهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولا شك أن الاتجاه إلى الإثبات ، إنما يكون عند الاختلاف ، أما عند الاتفاق على تقديره فلا حاجة إلى الإثبات ، إلا إذا ادعى الولي العاصب أن ما اتفقا على أنه تقدير مهر المثل غير صحيح ، فيكون عليه التقدم لإثبات الصحيح إن كانت عنده بينة .

وأيهما أقام بينة عند اختلافهما يثبت مدعاه ، وإن كان كلا الزوجين يدعى أن مهر المثل قدر معين ، وله بينة يريد الإثبات بها تقدم بينة الزوجة ، ولا تسمع بينة الزوج ، فإذا كانت الزوجة تدعى أن مهر المثل مائة ، ويدعى الزوج أنه ثمانون ، فن أقام بينة منهما ثبتت دعواه ، وإن أقام كلاهما بينة ، سمعت بينة الزوجة وحدها ولا يلتفت إلى بينته ؛ وذلك لأنها تدعى عليه زيادة ، وفي مثلنا عشرون جنياً وهو ينكرها ، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، وإن لم يقيم أحدهما بينة على مدعاه ، فالقول قول الزوج يمينه كما قدمنا .

٢٠٠ — وجوب الأقل من المسمى وهو مهر المثل : ذكرنا أن العقد الفاسد لا يوجب أى حق من حقوق الزوجية المعتبرة شرعاً ، ولكن إن حصل به دخول مع شبهة معتبرة ، وجب المهر ، والمهر المعتبر في هذه الحال هو مهر المثل بشرط ألا يزيد على المسمى في العقد الفاسد ؛ إذا كانت هناك تسمية معلومة صحيحة في ذاتها بأن يسمى مال متقوم ليست فيه جهالة فيجب حينئذ الأقل من مهر المثل والمسمى فإن كان الأقل هو المسمى وجب ، وإن كان الأقل مهر المثل وجب مهر المثل .

وذلك لأن مهر المثل هو الواجب ، ولكنها رخصت بما دونه ، فتؤخذ برضاها إذ تعتبر بذلك قد أسقطت بعض حقها ، وهي رشيدة فتؤخذ بما

أسقطت ، أو تعتبر تلك التسمية تقديرأ للمهر المثل من جانبها ، وقد وافقها الزوج عليها ، فلا يصح النظر إلى ما وراء ما اتفقا عليه إن كان أقل ، لامن حيث احترام الشارع للتسمية ، بل من حيث التراضي على تقدير مهر المثل . هذا هو نظر أبي حنيفة والصاحبين ، وقال زفر يجب مهر المثل بالغأ ما بلغ ؛ لأن العقد ما دام فاسداً ، لا يترتب عليه بذاته شيء ، فتكون التسمية أيضاً فاسدة ، فلا يلتفت إليها ، إذ تكون لغوآ بحكم إبطال الشارع للعقد . ولأن النكاح فاسد إذا حصل به دخوله كان كالبيع الفاسد إذا حصل به قبض ، ففي هذه الحال تجب القيمة ، ولا يجب الثمن المذكور ، فكذلك هنا يجب مهر المثل ، ولا يجب المهر المسمى ، ولا يلتفت إليه ، ولو أوجبنا الأقل من المسمى ومهر المثل ، لكان المسمى واجبأ في بعض الأحوال ، وكان ذلك اعترافأ من الشارع بالعقد الفاسد ، وذلك لا يمكن أن يكون .

٢٠١ — الزيادة والنقص بعد الوجوب : المهر عند إنشاء عقد الزواج تتعلق به حقوق ثلاثة : أولها حق الشارع في ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الحنفية ، وقد ذكرنا أنه إن ذكر أقل منها ارتفع المهر إليها . (وثانيها) حق الولي العاصب في ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة ، فإن له الاعتراض على العقد ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها . (وثالثها) حق الزوجة وهو الحق الثابت الدائم ، بل هو الأصل . والحقان الأولان (وهما حق الشارع ، وحق الولي العاصب) لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، ومتى تم العقد وقد روعي فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقأ خالصأ للزوجة ، فالحقوق الثلاثة تثبت عند الإنشاء ، والثالث يثبت عند الإنشاء ، ويكون له وحده البقاء .

وإذا كان المهر حقأ للزوجة من بعد ، فإن لها بعد تمام العقد ، وفي أثناء قيام الزوجية أن تنقص من المهر ، كما أن له أن يزيد فيه ، وتكون الزيادة كأصل المهر في حالة الدخول .

ويشترط في حط المهر (١) أن تكون المرأة رشيدة ، بأن تكون بالغة عاقلة وغير محجور عليها اسمه أو غفلة ، لأن حطها من مهرها تبرع على وجه الإسقاط ، والتبرع لا يجوز إلا من رشيد ، (٢) ويشترط ألا يرد الزوج ذلك ، لأن حط المهر بعد وجوبه إبراء ، والإبراء ينعقد عند الحنفية بإرادة واحدة ، ولكنه يرد بالرد ؛ لأن من الناس من لا يتحمل منه الإبراء من دين عليه ، (٣) ويشترط أن يكون المهر مثلياً معرفاً بالوصف ، كإثابة جنيته . مصرى أو عشرة قناطر من القطن من نوع معين ، ودرجة معينة ، أما إذا كان المهر معيناً ، فإنه في هذه الحال لا يصح حطه ، لأن المثليات الموصوفة تثبت في الذمة ، والأموال المعينة ، الحق يتعلق بها ، وعلى من هي في يده تسليمها ، فإن أريد ترك بعض الحق فيها فإن ذلك يكون بهبتها ، وعلى ذلك يصح للزوجة إذا كان مهرها معيناً أن تهبه أو تهب بعضه لزوجها ، ولا بد حينئذ من القبول ، ولا يكتفى بعدم الرد ، ولا يسقط الحق بالإبراء ، أو الإسقاط (١) .

وسواء أكان ترك بعض المهر بالهبة أو بالإبراء ، فإنه يجب أن يتوافر الرضا بذلك توافراً كاملاً ، ولقد كان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم . ومن بعدهم يتحرون ذلك خشية أن يكون الزوج هو الذي أرغمها على ذلك ، أو حملها عليه بما لا من سلطان (٢) .

(١) نقل في ابن عابدين لها من فأت في للمهر المهر أبرأتك منه لا تدع ملكيتها ، ولكن يسقط عنه الضمان ، فتصبح يده يد أمانة بحيث لو هلك لا يضمن ، لأن المال كية وإن كانت لم تزل بكلمة أبرأت قد زال الضمان بها .

(٢) وللحرص على أن تكون حرة في الإبراء أو الهبة كانوا يجوزون رجوعها فيها ، وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « إن النساء يطمعن رغبة ورهبة فأبما امرأة أعطت ثم أرادت أن ترجع فلها ذلك » وحكى أن رجلاً أبرأته امرأته من صداقتها ثم طلقها فرجعت فاحتكا إلى عبد الملك بن مروان ، فحكم لها ؛ وقال شريح في مثل هذا لو طابت نفسها ما رجعت ؛ وكان الأوزاعي لا يجزئ هبة المهر إلا بعد أن تعقب منه .

وإذا تم نقص المهر بالإبراء أو الهبة فإن المهر يعتبر هو الباقي عند
الصاحبين على ما سنبين .

ويصح للزوج أن يزيد في مهر زوجته . وتلتحق هذه الزيادة بالمهر
المسمى في العقد في أكثر الأحكام . ويلزم بها إن تأكد المهر . وشروط
تمام ذلك أربعة :

أولها أن يكون من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً .
(وثانيها) أن تقبلها الزوجة ، لأنها هبة ، فلا بد لها من القبول . ولا
يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه .

وثالثها أن تكون الزوجية قائمة ولو حكماً (١) . لأن هذه الزيادة تلتحق
بأصل العقد . فلا بد من قيامه لكي تلتحق بأصله .

(رابعها) أن تكون معلومة ، لأن عقد الهبة على مجهول لا يصح ، وهذه
الزيارة هي محل الهبة ، فلا بد من العلم بها .

والزيادة يجب كأصل المهر كما نوهنا ، ولكن يلاحظ أنه إذا كان الزوج
مريضاً مرض الموت ، فإن هذه الزيادة لا تعتبر من المهر ، بل تعتبر وصية ،
وتطبق عليها أحكام الوصية . فتنفذ إن كان قانون الوصية ينفذها ، وإلا
لا تنفذ .

وكذلك كان الخط من المهر في مرض الموت لا يكون إبراء مجرداً ،
ولا هبة مجردة من حيث المآل ، بل يطبق عليه قانون الوصية ، فينفذ إن
كانت أحكامه تجوزه ، ولا ينفذ إذا لم تجوزه .

وخلاصة ما جاء في القانون المصري خاصاً بذلك أن الوصية تنفذ ، ولو
كانت لو ارث ما دامت لا تزيد على ثلث التركة .

(١) تعتبر الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي

٢٠٢ — وإذا كان الولي هو الأب أو الجد فله أن يزيد في مهر القاصر وليس له أن يحط من مهر القاصرة ، وإنما جاز للأب أو الجد أن يزيد في مهر القاصر ، لأن لهما عند أبي حنيفة أن يعقدا بأكثر من مهر المثل ، فلهما أن يزيدا بعد التسمية ؛ إذ لا بد أن يكون ثمة داع لذلك ، فيه مصلحة للقاصر ، ولأن العرف جار بأن تهدي الهدايا الضخام من الزوج وأوليائه للزوجة ، وإن تلك الزيادة من قبيل الهدايا ، فتجوز جوازها ، ولم يحز للولي على القاصرة الحط من مهرها لأن العرف لم يحز على ذلك ، إذ تعير به الزوجة وأسرته ، ولم يعرف أن الزوجة وأوليائها يقدمون الهدايا للزوج وأوليائه على ذلك النحو ، ولذلك لم يكن ثمة مبرر للحط من المهر ، نعم إنه كان يجوز للأب والجد عند أبي حنيفة أن يزوج بأقل من مهر المثل لمصلحة يرونها ، ولكن ذلك عند إنشاء العقد ، وبعد تمامه يقف العرف مانعاً دون ذلك . فإذا كان عند الإنشاء مسوغ ، فقد وجد بعده مانع .

ما يؤكده المهر

٢٠٣ — يثبت المهر في العقد الفاسد بالدخول مع وجود الشبهة ، وإذا ثبت يثبت مؤكداً لا يقبل السقوط ، لعدم احتمال ورود ما يسقطه .
أما العقد الصحيح فإن السبب في وجوب المهر فيه هو العقد المجرد ، كما علمت ، فإذا تم العقد وجب المهر ، فإن كان هناك مهر مسمى تسمية صحيحة يقرها الشارع وجب ذلك المهر حقاً للزوجة ، وإن لم تكن تسمية وجب بمجرد العقد المثل وإن كانت التسمية لا يقرها الشارع لقلتها وجب الحد الأدنى الذي حده الشارع ، وكل ذلك يكون في ذمة الرجل للمرأة بمجرد العقد .
غير أن ذلك الوجوب ليس ثابتاً على الدوام ، بل يكون قابلاً للسقوط كله أو بعضه ، إذا لم يوجد مؤكد من مؤكدات المهر ، فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط في بعضه أو كله لأي عارض يحدث من بعد .

ومؤكدات المهر في العقد الصحيح ثلاثة — أولها — الدخول الحقيقي ،
وثانيها الموت ، وثالثها الخلو الصحيح .

(١) والدخول الحقيقي : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان
المسمى ، وسواء أكانت التسمية وقت العقد ، أم اتفق عليها بعد العقد ، فإن
حصل دخول لا يسقط من المهر شيء من بعد ، إلا بإبراء الزوجة أو حطها
جزءاً منه ، ووجه تأكده بالدخول أنه بالعقد قد ثبت المهر حقاً للزوجة ،
ومسقطاته الواردة في القرآن والحديث والقياس قد قيدت بمصولها قبل
الدخول ، فالطلاق يسقط نصف المهر ، إذا كان قبل الدخول . . . وهكذا
كل مسقط للبهر أو بعضه ، فإدام قد حصل دخول ، فقد أصبح تحقيق
المسقط غير ممكن ، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد أو جملها من
جانب الزوجة ، فكان حقاً أن تجب الحقوق التي على الزوج مؤكدة وأولها
المهر ، لأن الدخول مع الشبهة في العقد الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل
للسقوط ، فأولى أن يؤكد في النكاح الصحيح ، ويجعله غير قابل للسقوط .

(ب) والموت يؤكد المهر الثابت ، سواء أكان الذي مات هو الزوج
أم الزوجة ، وذلك لأن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله ،
وهو الفرقة قبل الدخول ، وبالموت استحال وجود ذلك المسقط ، فتأكد
المهر ، ولأن الموت أنهى عقد الزواج مقررأ كل أحكامه ، ومنها الميراث ،
ومنها المهر ، فيتقرر ويثبت به ، ولذلك اتفق الفقهاء جميعاً على أن الموت
الطبيعي ، أو بقتل أجنبي لأحدهما أو بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج
نفسه ، يقرر المهر ويؤكد ذلك قال أبو حنيفة والصاحبان ، والشافعي
ومالك إذا قتلت نفسها ، بل قال أبو حنيفة والصاحبان أيضاً ، إذا قتلت
الزوجة زوجها ، يتقرر مهرها .

ومن هذا نرى أن الفقهاء اتفقوا (١) على الموت الطبيعي (٢) وعلى قتل

أجنبي لأحدهما ، لأنه كالموت الطبيعي من حيث أنه ليس لأحدهما يد فيه ،
(٣) وانفقوا على أنه إن قتلها الزوج يتقرر المهر ؛ لأن الجناية منه لا تسقط
حقاً واجباً عليه (٤) وانفقوا على أن المهر لا يسقط شيء منه إذا قتل الزوج
نفسه لأن ذلك كالموت بالنسبة لحقوق غيره ، وليس منها جنائية عليه ،
فيظن معها سقوط حقها ، وموضع الخلاف إذا قتلت نفسها ، أو قتلت زوجها
وأئمة المذهب الحنفي على أنه يتأكد المهر فيهما ؛ لأن المسقط هو الفرقة
بينهما ، وهما على قيد الحياة ، وقد امتنع ذلك المسقط ، فيتأكد المهر فكل
موت أياً كان طريقه يسقط المهر عند الحنفية .

٢٠٤ — ولقد قال زفر إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها بخلافاً
بذلك جمهور الفقهاء - لأن قتلها نفسها جنائية ، وقد فوتت بهذه الجناية حق
الزوج عليها ، فيسقط حقها في المهر ، إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل ،
ولأن قتلها نفسها كارتدادها ، وهي إذا ارتدت قبل الدخول سقط
كل مهرها .

وقال زفر مع الأئمة الثلاثة إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول
سقط مهرها كله ، وخالف في ذلك بقية الحنفية كما نوهنا ، وحجة الأئمة
الثلاثة وزفر أن قتلها زوجها جنائية ، وما عهدت الجنائيات مؤكدة للحقوق ،
ولأنها تحرم من الميراث ، فأولى أن تحرم من المهر ، ولأن قتلها زوجها كردها
من حيث إنها أنهت الزواج بمعصية ، وإنهاء الزواج بمعصية يسقط المهر كله ،
إن كان ذلك قبل الدخول .

والمعمول به في مصر ولبنان وسوريا والعراق مذهب أبي حنيفة
والصاحبين الذي ذكرناه ، وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صورة ، وأرى
أنه لو عمل بمذهب الأئمة ، وزفر في حال ما إذا قتلت المرأة زوجها لكان
ذلك أعدل وأقوم ، إذ أنها تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول فتزيلها بقتل
زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التي تبرمت بوجودها ! !

إن ذلك غير معقول في ذاته ، وليس من العدل في شيء .

٢٠٥ — والخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح تؤكد المهر كالدخول الحقيقي ، والخلوة الصحيحة هي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقي ، فإذا حصل الاجتماع على ذلك النحو ، فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر ، ووجبت العدة ، ولو لم يحصل في الاجتماع دخول حقيق .
وقد اشترط في الخلوة الصحيحة الخلو من الموانع التي تمنع من الدخول الحقيقي : والموانع ثلاثة أقسام ، وهي :

الأول : المانع الحقيقي . وهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها ، كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أو يكون الزوج ما يمنع من الدخول بها كأن يكون صغيراً أو مريضاً . فإذا كان المانع لم تكن الخلوة صحيحة .

والمانع الثاني : هو المانع الطبيعي بأن يكون معهما ثالث ، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده ، بل لا يوجد معنى الخلوة مع وجوده ، سواء أكان الثالث صاحباً أم كان نائماً ، وسواء كان أعمى أم بصيراً ، والصبي الذي يفهم الأشياء يمنع وجوده تحقق الخلوة الصحيحة ، وإن لم يفهم الصل شيئاً قط لا يمنع وجوده الخلوة الصحيحة .

والمانع الثالث : هو المانع الشرعي ، وهو أن يكون أحد الزوجين في حال منعه شرعاً من الدخول ، كأن يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هي حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لا تكون صحيحة .

ولقد استحسن القدوري في كتابه أنه إذا كانت الخلوة غير صحيحة بسبب وجود المانع الشرعي ، فإن المهر لا يؤكد ، ولكن العدة تثبت للاحتياط ، بخلاف ما إذا وجد المانع الحقيقي أو الطبيعي ، فإن الخلوة لا تصح .

ولا تتحقق فلا تثبت عدة ولا مهر (١) :

٣٠٦- والخلو كاللدخول الحقيقي في تأكيد المهر ، فلا يسقط منه شيء بعدها . وفي ثبوت النسب ، وفي ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلو ، وما يترتب على ثبوت العدة من :

- (١) وجوب النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام ومسكن وكسوة .
 - (٢) وحرمة نكاح محرم للزوجة حتى تنتهي عدتها ، لأن الجمع بينها وبين محرم لها ، كعمتها وخالتها غير جائز في النكاح وفي العدة .
 - (٣) وحرمة تزوج أربع غيرها في أثناء العدة ، لأن الجمع بين أكثر من أربع ، كما يحرم في النكاح هو محرم في العدة .
- وتختلف الخلو عن الدخول الحقيقي في أحكام أخرى منها .

(أ) الإحصان فإن الرجل أو المرأة إذا زنيا ، وكانا محصنين كان الحد هو الرجم ، والإحصان هو الزواج مع الدخول الحقيقي ، والخلو لا تقوم مقام الدخول الحقيقي في هذا ؛ لأن الحدود تسقطها الشبهات ، فأولى ألا تثبت بالاشتباه في تحقق شرطها ، ولذا لا يثبت بالخلو الإحصان ، فيكون الحد إن حصل زنى هو الجلد مائة .

(ب) حرمة البنات فإنه من المقرر أن حرمة بنت الزوجة على زوجها

(١) هناك رأى آخر هو أن العدة تثبت عند وجود مانع حقيقى أو شرعى ، ولكن لا يثبت المهر مع وجود أى مانع ، وقد رجح صاحب فتح القدير ما رآه القندورى إلا إذا كان الصغير قادراً ، والمرض غير مدنف أى غير شديد يوجب العجز التام . ولكن صاحب البحر رجح وجوب العدة عند وجود مانع شرعى أو حقيقى فقال : المذهب وجوب العدة مطلقاً (أى سواء أكان حقيقياً أم كان شرعياً) وظاهر أنها واجبة قضاء وديانة ، وقال العتائى : وتكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلو الصحيحة أنها واجبة ظاهراً أم على الحقيقة ، فقل لو تزوجت ، وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء ، والجزء الأخير الذى نقله صاحب البحر عن العتائى يفيد فائدة جديدة وهى أن وجوب العدة إذا كانت الخلو صحيحة خالية من الموانع الشرعية والحقيقية ، إنما هو فى القضاء لا فى الديانة وعلى ذلك إذا كانت متأكدة من عدم الدخول فإنه يحل لها الزواج من غير ديانة لا قضاء .

حرمة أبدية شرطها الدخول بالأم لنص الآية الكريمة ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، والدخول هنا هو الدخول الحقيقي ، فلا تغنى الخلوة غناؤه ، فإذا اختلى بامرأة ثم طلقها لا تحرم بنتها بعد انتهاء العدة .

(ح) حل المطلقة ثلاثاً لمطلقها ، فإنها لا تحل له إلا بعد أن يتزوجها آخر ، ويدخل بها دخولا حقيقياً ، ثم يطلقها ، وتنتهى عدتها ، ولا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقي ، لأن نصوص الشارع صريحة في اشتراطه .

(د) الرجعة فإن الرجعة تثبت ، إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي هو الأول أو الثانى ، ولم يكن على مال ، إذ يكون الطلاق رجعياً — أما بعد الخلوة فإنه لا تثبت الرجعة ، لأن الطلاق يكون بانئناً قبل الدخول الحقيقي في كل الأحوال .

(هـ) الميراث ، فإذا مات أحدهما في عدة الطلاق بعد الخلوة فإنه لا يرث مطلقاً ، سواء أكان الطلاق فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها ، أم كان الطلاق لم يقصد به الفرار ، وهو الطلاق في الصحة أو في مرض الموت برضاها ، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقي ، فإنه لا يمنع التوريث إذا كان رجعياً ، أو كان بانئناً في عدة الطلاق البائن إذا كان المطلق قد اعتبر فراراً من الميراث ، ويمنع التوريث إذا كان بانئناً ولا فرار فيه ، وحينئذ يكون موضع الفرق بين الدخول الحقيقي والخلوة بالنسبة للميراث ، إنما هو في حالة الفرار ، لأن الطلاق دائماً بعد الخلوة بائن ، وهو يمنع الميراث في الدخول الحقيقي ، فأولى أن يمنعه في الخلوة ، وإنما يحتل الميراث إذا كان بعد الخلوة مع الفرار ، وقد جاء النص في الفقه الحنفى بأنه لا ميراث في عدة الفرار إذا كان الطلاق بعد الخلوة (١) .

(١) فقد جاء في ابن عابدين ما نصه : « قال الرضى وعلى هذا لو طلقها في مرض موته بعد الخلوة الصحيحة وقبل الوطء ومات في عدتها لا ترث ؛ وبه جزم الطراى فيما كتبه » .

والسبب في عدم ثبوت الميراث إذا حصلت الوفاة في عدة الطلاق بعد الخلوة أن ثبوت العدة بعد الخلوة للاحتياط ، والميراث حق مالى لا يثبت إلا إذا وجد سببه ، ولا يثبت للاحتياط ، ولأنه لو ثبت لها يترتب على ذلك نقص حق الورثة الآخرين أو بعضهم ، ولا ينتزع من أحد الورثة حقه إلا بسبب قاطع ملزم . فلا ينتزع بأمر وجب للاحتياط .

٢٠٧ — وإذا اتفق الزوجان على وقوع الخلوة ثبتت ، ووجبت أحكامها التي قررهاها ، أما إذا اختلفا في وقوعها ، كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملاً لأنه اختلى بها ، وقال الزوج لك نصف المهر ، لأن الطلاق كان قبل الدخول لم تسبقه خلوة ، فالقول قولها يمينها ، لأن الأصل هو ثبوت المهر كله في ذمتها بالعقد ، وخلاف الأصل ثبوت نصفه ، والقول قولها ، لأنها تدعى الأصل .

هذا ما ذكره ابن عابدين ^(١) والظاهر أنه إذا كانت لها بينة تسمع ، لأنها تقوم على واقعة معينة ، وهو يستمسك بأصل آخر ، وهو عدم وقوع خلوة أو دخول ، إذ أن ذلك هو الأمر الأصلي ، ومدعى خلافه عليه أن يثبته ، وإنما يتأتى كلام ابن عابدين في حال ما إذا لم تكن بينة . فإنها تحلف من حيث إنه يدعى سقوط نصف المهر ، وهي تنكر ذلك .

٢٠٨ . هذه مؤكدات المهر الثلاثة عند الحنفية ، ويوافقهم فيها الإمام أحمد ويؤيد عليها ، أما الشافعي فلا يرى أن الخلوة تؤكد المهر ، بل تؤكد عند الدخول الحقيقي ، والموت فقط ، ومالك كالشافعي ؛ ولكنه يرى أن من مؤكدات المهر أن تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية ، وتقيم فيها سنة بلا دخول حقيق مع تهيؤ كل الأسباب له ، فالإقامة المذكورة تنزل منزلة الدخول الحقيقي ، وكان المالكية لم يلغوا اعتبار الخلوة مطلقاً ، ولم يعتبروها

(٢) ذكر هذا ابن عابدين ؛ وذكر أنه أخذه عن الزاهدي في القنية .

مطلقا ، بل اعتبروا الخلوة مؤكدة للمهر مع البقاء سنة ، وتعليل ذلك واضح ، إذ أنها باقامتها في منزله سنة وخلوته بها من وقت لآخر - قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها ، فحق لها المهر كاملا غير منقوص .

وقد قلنا إن أحمد بن حنبل يعتبر كل المؤكدات التي يذكرها الحنفية ، ويزيد عليها مؤكداً رابعاً ، وهو ما يعد مقدمات للدخول ، فالنظر بشهوة ، أو التقييل ، أو اللمس بشهوة - يؤكد المهر كاللدخل ، ولو حصل في غير خلوة ، بل لو حصل في حضرة الناس ، لأن ذلك يعد استيفاء لبعض أحكام الزواج ، فتأكد المهر بها ، وهذا نظر سليم لو أخذ به في عصر ، وطبقته المحاكم في مصر وغيرها لكان فيه احتياط للفتاة وأسرتها ، فإن كثيراً من الأسر في مصر بمجرد العقد يلتقى الشاب بالفتاة ويصاحبها في الملامى قبل أن تزف إليه ، وربما يعدل عن تمام الزواج بعد الاصطحاب الطويل ، ويسقط نصف المهر ، ويكثر القيل والقال .

سقوط نصف المهر

٢٠٩ - المهر يجب في النكاح الصحيح بالعقد ، لأنه حكم من أحكامه كما بينا ، ولكنه وجوب على خطر السقوط قبل الدخول الحقيقي والحكمي والموت فإذا طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر ، وبقي الواجب في النصف الباقي ، وذلك لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير » .

فهذه الآية كما ترى تدل على أن المهر يسقط نصفه إذا حصل طلاق قبل الدخول ، وكانت هناك تسمية وقت العقد ؛ فإذا لم تكن هناك تسمية

وقت العقد ووجب مهر المثل لا ينصف ذلك المهر ، لأن الذى ينصف هو المفروض بنص الآية ، إذ يقول سبحانه وتعالى : « وقد فرضتم لهن فريضة » . وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقى والحكمى يتفق مع القواعد الفقهية ؛ لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقتضى ألا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شيء ، ولكن الطلاق فى ذاته إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وإنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ، ولا يلغىها ، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، وكان من النظر لهُذين المعنيين من غير ترجيح أحدهما على الآخر أن يجب نصف المهر ، إذ أن النظر الأول فى المهر كله ، والثانى أثبته كله ، فتوسطا بين العاملين وجب النصف .

ثم إن وجوب النصف فيه معنى التسريح بإحسان الذى أمر به الله سبحانه ، فقد قال تعالى : « وسرحوهن سراحاً جيلاً » ، لأن الفارقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حدث الرجل على إعطاء النصف الآخر استحباباً إذا لم يكن الطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » .

٢١٠ — والمهر الذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المسمى وقت العقد ، كما نوهنا ، أما الذى فرض بعد العقد فإنه لا ينصف بالطلاق قبل الدخول ، بل تجب فيه المتعة ، وهذا رأى أبى حنيفة ومحمد ، ورأى أبى يوسف فى قوله الأخير .

أما رأيه فى قوله الأول وهو رأى الشافعى ومالك وكثيرين فهو تنصيف المفروض بعد العقد ، وحجتهم أن الآية جاءت بتنصيف المسمى سواء أكانت التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته ، بدليل أنها تكون هى الواجبة ، إن تأكد المهر بدخول أو وفاة .

وحجة أبي حنيفة ومحمد أن الآية واردة في المسمى وقت العقد ، كما هو الظاهر والغالب ، لأنها هي التسمية التي تقترب بالعقد ، وتكون جزءاً منه ، والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد ، ولأنه إذا حصل العقد من غير تسمية انصرف الوجوب إلى مهر المثل ، لأنه بمجرد تمام العقد يجب مهر فور التمام لا محالة ، فإن كان ثمة تسمية صحيحة معتبرة شرعاً انصرف الوجوب إليها وإن لم تكن تسمية صحيحة انصرف الوجوب إلى مهر مثل (١) ، فإذا حصل اتفاق على تسمية مهر معين ، فإنما ذلك تقدير لمهر المثل ، ولذلك يجب المسمى ، على أنه مهر المثل قد اتفق عليه ، وإذا حصل مؤكد من مؤكدات المهر كان التأكيد لهذا القدر ، فإن حصل ما يوجب سقوط بعض المهر . وجب حينئذ ما أوجبه العقد في حال عدم التسمية ، وهو المتعة ، على ما سألين .

وإذا حصلت زيادة في المهر المسمى من الزوج بعد العقد ، فإنها تنصف عند أبي يوسف ؛ لأنها تلتحق بالمسمى ، فتسرى عليها أحكامه ، وتنصف بالطلاق قبل الدخول ، كما تأكدت بالدخول ، والموت ، وقال أبو حنيفة ومحمد لا تنصف ، لأن الذي يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ؛ لظاهر الآية كما ذكرنا (٢) .

(١) هذا مقتضى أصول الحنفية ، أما مقتضى أصول المالكية والشافعية فهو أن المهر يجب بنفس العقد إذا كان مسمى وقته ، أما إذا لم يسم وقته ، فيجب بالتراضي عليه بعد العقد ، أو بالدخول ولا يجب مهر المثل ، ولذلك كانت المفوضة لا مهر لها عنده لأن مات عنها قبل الدخول .

(٢) ذكر في البدائع أن الذي يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ، فإن اشترط ما فيه منفعة لها مع التسمية لا يلتفت إلى الفرط ؛ ولذا قال : لو شرط مع المسمى الذي هو مال =

٢١١ - وإذا حصل طلاق قبل الدخول ، وسقط نصف المهر ، أيعود
النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق أم لا يعود إلا بالتراضى أو حكم
القضاء ؟ إذا كان الطلاق قبل القبض ، فالنصف يعود إليه من غير حاجة إلى
القضاء ؛ لأنه إن كان ديناً فقد سقطت المطالبة بنصفه بمقتضى النص الكريم ،
وإن كان المهر معيناً فإن يده ثابتة عليه ، وليست لها المطالبة بالنصف ،
للسقوط وجوب نصف المهر بمقتضى الآية الكريمة ، فالملكية حينئذ في النصف
إلى الزوج .

أما إذا كانت قد قبضت المهر فإن النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالتسليم
أو بحكم القضاء . وقال زفر ، وإحدى الروايات عن أبي يوسف ، يعود إلى
ملكه من غير حاجة إلى القضاء لأن الطلاق قبل الدخول هو سبب عودة
النصف إلى ملك الزوج ومتى وجد السبب وجد المسبب حتماً ، وقد وجد
الطلاق المذكور ، فيعود النصف إلى الزوج .

وحجة أبي حنيفة ومحمد ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أن المهر
يملك بمقتضى العقد ملكاً مطلقاً ، فإذا قبض فقد تعينت الملكية في المقبوض ،
والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول أحد العاقلين ، فلا بد من
قضاء القاضى أو التراضى ، وقبل القبض لا تكون الملكية متعينة على الإطلاق
في المهر المعين بدليل أنه لو هلك يهلك مضموناً على من في يده .

== ما ليس مال ، بأن تزوجها على ألف درهم على أن يطلق امرأته ، أو على ألا يخرجها من
بلدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط العسر لأن هذا شرط إذا لم يقع
الوفاء به يجب مهر المثل ، ومهر المثل لم يثبت في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق
إلا المسمى فينصف وكذا إذا شرط لها مع المسمى شيئاً مجهولاً ، كما إذا تزوجها على ألف
وأن يهدى إليها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى .

وقبل أن نترك هذا المقام نقول إن مالسكا يتفق مع الطرفين في عدم تنصيف الزيادة
مع وجوبها بالدخول والموت ، والشافعى يقول الزيادة بعد العقد ملغاة في كل الأحوال إلا
إذا كانت هبة .

ويترتب على أن ملكية النصف لا تعود في المهر المقبوض إلى الزوج ؛ إلا بعد التسليم أو القضاء — أنه لو تصرف فيه قبل القضاء أو التسليم يكون تصرفه فيما لا يملك ، فيكون موقوفاً على إجازتها أو الحكم ؛ وإن تصرفت هي نفذ تصرفها لأن ملكيتها لم تزل عن العين ، وهذا عند الطرفين ، وعند زفر ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف تصرفه ينفذ في نصفه ، وتصرفها لا ينفذ في هذا النصف ، لأن ملكيتها قد زالت عن النصف بالطلاق قبل الدخول .

٢١٢ — قد تبين فيما مضى أن المهر بعد تمام العقد خالص حق المرأة ، فلها أن تهبه لزوجها ، وأن تبرئه من بعضه أو كله ، وإذا وهبته له أو بعضه ، أو أبرأته منه أو بعضه ، وحصل طلاق قبل الدخول فما الحكم ؟ لقد أجاب الفقهاء عن ذلك السؤال ، وصوروا له صوراً وأحوالاً شتى ، نكتفي بذكر ثلاث منها ، لأن بيان حكمها ودليلها يكشف عن حكم غيرها من المسائل المتشعبة وها هي ذى الصور الثلاث :

(الصورة الأولى) إذا أبرأته من المهر كله ، وكان ديناً ثابتاً في الذمة لم تقبضه أو وهبته ثم حصل طلاق قبل الدخول ، فقال أبو حنيفة والصاحبان ليس له أن يرجع عليها بشيء إذا لم تأخذ منه شيئاً ، وقال زفر له أن يرجع عليها بنصف المهر ، وإن كانت لم تقبض منه شيئاً .

والخلاف بين زفر وأئمة المذهب يدور حول أصلين مقررين في الفقه الحنفي (الأصل الأول) أن اختلاف السبب يترتب عليه اختلاف الحق ، والحقوق تختلف باختلاف أسبابها ، فوصول المهر بطريق الهبة غير وصول نصفه إليه بسبب الطلاق قبل الدخول فإذا حصلت هبة مهر وطلاق قبل الدخول ، فقد صار له حقان ، المهر بالهبة ، ونصفه بالطلاق قبل الدخول ، ولا يفتى أداء أحد الحقين عن وجوب الحق الآخر ؛ بل لا بد من أدائهما معاً .

(الأصل الثاني) أن الإنسان إذا وصل إليه عين حقه فلا يبالى باختلاف السبب . فما دام الحق تعلق بشيء بعينه ، فإذا وصل ذلك الشيء إلى صاحب الحق ، فقد وصل إليه كل ماله من حق متعلق به ، فإذا كان حقه في براءة ذمته ، فإذا تمت تلك البراءة ، فقد وصل إليه عين حقه مهما تكن أسباب تلك البراءة ، وإذا تعلق حقه بعين من الأعيان ، فإذا آلت إليه تلك العين فقد تم له كل الحق مهما يكن سبب الوصول (١) . هذا أصل مقرر في فقه أبي حنيفة . كما أن الأول أصل مقرر فيه أيضاً .

ولقد أخذ زفر في هذه المسألة . (وهي هبة المهر الدين أو البراءة منه ثم الطلاق قبل الدخول) — بالأصل الأول (٢) فأوجب عليها النصف لأن السبب الذي وصل إليه المهر كله أولاً كان بمقتضى الهبة ، أو الإبراء ، الذي جعل له الحق في النصف هو الطلاق قبل الدخول ، وبتغاير السببين يختلف الحقان ، فتعين أن تؤدي إليه النصف .

وأخذ أبو حنيفة والصاحبان بالأصل الثاني ، فقالوا إن حق الزوج بالطلاق قبل الدخول في مهر لم يقبض هو أن تسقط المطالبة بالنصف ، وقد

(١) فرع صاحب البعر على ذلك الأصل فروعا كثيرة (منها) إذا وهب الفاسب الشيء المقصوب لصاحبه وقبضه ، فليس له أن يطالب بالمقصوب (ومنها) إذا باع بيعاً فاسداً وقبض المشتري المبيع ، ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته ، لحصول المقصود ، بخلاف ما لو وصل إليه المبيع من جهة غير جهة المشتري ، حيث لا يبرأ من الضمان ؛ لأنه لم يصل إليه من الجهة المستحق عليها (ومنها) مريض وهب عيناً هي كل ما يملك ، ثم وهبها للموهوب له للمريض لا يضمن الموهوب له شيئاً إذا مات المريض في مرضه فلا يضمن ثلثي قيمتها أو أقل من ذلك (ومنها) أن المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين ، ثم هلك الرهن لا يضمن ... وهكذا .

(٢) ذكر صاحب البدائع لزفر وجهاً آخر غير ذلك الأصل . فقال « وجه قول زفر أنها بالهبة تصرف في المهر بالإسقاط ، ولإسقاط الدين استهلاكه ، والاستهلاك يتضمن القبض ؛ فكأنها قبضت ثم وهبت » .

سقطت تلك المطالبة بالإبراء أو الهبة ، وبذلك قد وصل إليه عين حقه ، فلا يبالى باختلاف السبب .

وقد اعتبر صاحب الهداية قول زفر قياساً ، واعتبر قول أئمة المذاهب الثلاثة استحساناً ، وقد طبق زفر الأصل الأول في كل فروع هبة المهر ، وسقوط نصفه .

(الصورة الثانية) إذا قبضت نصف المهر ، ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغير المقبوض أو أبرأته من غير المقبوض ، ووهبت المقبوض ، والمهر دين كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فقتضى مذهب زفر أنه يرجع كالأول ، ثم طلقها قبل الدخول ، فقتضى مذهب زفر أنه يرجع بالنصف أخذاً بالأصل الأول الذي ذكرناه آنفاً (١) .

أما أئمة المذهب فقد اختلفوا فيما بينهم ، فقد قال أبو حنيفة لا يرجع عليها بشيء كالصور السابقة وقال صاحبان يرجع عليها بنصف ما قبضت . والخلاف بين الإمام والصاحبين في هذه القضية يرجع إلى أصل مختلف فيه وهو أن الإبراء في المهر يلتحق بأصل التسمية عند الصاحبين ، فإذا كان المهر مائة جنيه وقبضت خمسين ، وأبرأته من الخمسين أو وهبتها له مع ما قبضت ، فهو دى ذلك أن يصير المهر هو الخمسين فقط التي قبضتها ، فإذا كان الطلاق قبل الدخول ، وجب أن يلتصق (٢) . أما أبو حنيفة فإنه لا يلحق الإبراء من المهر بأصل التسمية ، فإذا كان المهر مائة جنيه قبضت خمسين ، ثم أبرأته من الأخرى أو وهبتها له مع ما قبضته ، فإن المهر يستمر مائة وقد وصل إليه بعضه بالهبة وبعضه بالإبراء . فقد وصل إليه عين حقه في ضمن ما وصل إليه .

(١) ذلك ما ذكره كمال الدين بن الهمام في فتح القدير .

(٢) وكان التنصيف ، لأن ما وصل إليه بهبة المقبوض ليس عين حقه إذ أن ما وهب له

هو مثله لا عينه .

ووجهة الصاحبين في إلحاق الإبراء بأصل التسمية أن المهر في النكاح كالثمن في البيع ، ونقص الثمن بعد العقد يلتحق بأصل العقد فيكون الباقي هو الثمن ، فكذلك المهر - الإبراء من بعضه يجعل الباقي هو الثمن .

ووجهة أبي حنيفة أن البيع ينشأ على المراجعة ، وقد تقع فيه المغانة فيكون له حاجة إلى دفع الثمن بالخط من الثمن أو الزيادة عليه . فكان من الواجب أن يلتحق الخط والزيادة بأصل العقد ، ولا شيء من ذلك في المهر ؛ لأنه مبني على المسامحة فيعتبر الخط تدرها منها ، والزيادة كذلك ، وأيضاً لو كان الخط ملتحقاً بأصل العقد لوجب ألا يصلح الإبراء إذا بقي من المهر أقل من عشرة دراهم ، لأن التسمية لا تجوز بأقل من عشرة دراهم ، وقد انفق الجميع على جواز الخط من المهر ، ولو كان الباقي دون العشرة ، بل لو لم يبق شيء منه قط .

وإذا وهبت النصف وقبضت النصف فأبو حنيفة قال لا شيء يرجع به ، لأنه قد وصل إليه عين حقه وهو براءة ذمته ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه الباقي من المهر .

وإذا كان المهر مائة قبضت منه ثمانين ، ثم وهبت الباقي فله أن يرجع عند أبي حنيفة بما يكمل النصف ، فيرجع بثلاثين ليصل إليه كل حقه ، إذ وصل إليه بعضه بالبراءة من عشرين ، وبقي أن يصل إليه الباقي فيرجع به ، وقال الصاحبان له أن يرجع بنصف المقبوض ، لأنه المهر الذي يتنصف ، إذ أن ما لحقه الإبراء حط من أصل المهر .

وواضح أن هذا كله في المهر المثل المعرف بالوصف ، الذي يثبت في النعمة .

(الصورة الثالثة) إذا تزوجها على مهر معين فقبضته ، أو لم تقبضه ووهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء عند أبي حنيفة وللصاحبين

جرباً على الأصل الذى أخذوا به . وهو أنه قد وصل إليه عين حقه . إذ حقه متعين فى شيء بعينه ، إذ يستحق نصف المعين بالطلاق قبل الدخول ، وقد وصل إليه النصف بالهبة فوصل إليه عين حقه من نظر إلى سبب الوصول ، وكذلك الحكم إذا وهبت له نصفه .

وقد اختلف الرواة عن زفر ، فقليل إن رأيه كراى أئمة المذاهب الثلاثة^(١) ورجح الزيلعى فى التبيين أن رأيه أن يرجع عليها بقيمة النصف ؛ لأن اختلاف السبب يؤدى إلى اختلاف الحق على الأصل الذى يبناه .

هذا وقد اتفق الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة على أنه إذا كان المهر مثلياً معرفاً بالوصف وقضته كله ، ثم وهبته كله ، أو نصفه أو أقل من ذلك فله أن يرجع عليها بالنصف كاملاً ؛ لأنه لم يصل إليه باهبة عين حقه ، فلم يتحقق الأصل الذى بنى عليه أبو حنيفة والأصحابان سقوط حقه فى المطالبة بالنصف ، وزفر سار على أصله .

٢١٣ — المتعة : فلنا إنه يسقط نصف المهر إن كان هناك مهر مسمى وقت العقد . لصريح الآية الكريمة ، ولكن لم نبين الحكم إذا لم يكن وقت

(١) المذكور فى البدائع وفى الغاية أن رأيه كراى الأئمة الثلاثة ويكون قد طبق الأصل الذى يقول إن الحقوق تختلف باختلاف أسماها على المهر المثل الموقوف الثابت فى الدمة الذى لم يقبض ، بل لقد ذكر السكاسانى عنه فى البدائع أن الدراهم والدنانير إذا عبت بالتميين تكون كالنصف فلا يرجع بهى . فقال : « وقال زفر فى الدراهم والدنانير إذا كانت معيبة فقبضها ثم وهبها ثم طلقها قبل الدخول أنه لا رجوع الزوج عليها بهى » ، فقال : وقال زفر فى الدراهم والدنانير « عنده تميم بالتميين فى العقود » فى الفسخ أيضاً كالفروض ، وهذا الدس يدل على أنه يوافق الأئمة فى المهر المعين ويزيد عليهم أن النقود تميم بالتميين فى العقود ومثل هذا جاء فى الغاية ، ولكن انتقده كالدين بن الهمام ، ولذا جاء فى فتح القدير « وفى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله فى تعيينها ، وقد استبعدت صحته لما علم من اشتراط اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فهو ينتقده لأن شرط عدم الرجوع عنده اتحاد الجهة أى السبب . وهنا لم يتحدد السبب .

العقد تسمية صحيحة ، إذ أنه في هذه الحال يكون الواجب هو مهر المثل إن حصل دخول حقيقى أو حكى ، وإذا لم يحصل دخول وجبت المتعة ، فهى قائمة مقام نصف المهر ، وذلك لقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين . »

فالمتعة في هذه الحال التى لا يجب فيها النصف تكون واجبة بنص الآية وذلك رأى جمهور الفقهاء ، وخالف مالك ، فقال إنها تكون مستحبة ، ولكن الآية واضحة في الوجوب ، وخصوصاً أنها مقابلة لنصف المهر المصرح به بعد هذه الآية في قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضته فنصف ما فرضتم . » والمتعة بدل عن نصف المهر ، ونصف المهر واجب الأداء في هذه الحال ؛ لأن ما يكون بدلاً للواجب يكون واجباً .

والمتعة الواجبة عند الحنفية كسوة كاملة للمرأة ، ولقيمتها حد أعلى ، وحد أدنى ، وحدها الأعلى اللازم الأداء ألا تزيد على نصف مهر المثل . وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم ، لأنها قائمة مقام نصف المهر ، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل . فيجب ألا تزيد المتعة على نصفه . وإن زاد المطلق من تلقاء نفسه كان متبرعاً . ويكون آخذاً بقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم » والمهر لا يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم . فنصفه يجب ألا يقل عن خمسة ؛ فيجب ألا تقل المتعة القائمة مقام النصف عن خمسة .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى في تقدير المتعة أقدر حسب حال الزوج . أم أقدر حسب حال الزوجة ؟ قال أبو يوسف أقدر حسب حال الزوج . لقوله تعالى : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ، فصرح الآية يجعل تقدير الكسوة على حسب حال الزوج ، ولأنه هو الذى سيكلف هذه الكسوة . ولا

يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، فإذا كان معسراً ، وكانت موسرة ، وكلف أن يكسوها بما يليق بمثلها ، فقد كلف ما لا يطيق ، وذلك ما ينزه عنه الشارع الحكيم .

وقال بعضهم إن المعتبر حالها ؛ لأن الله سبحانه وتعالى قال في التعقيب على الآية الكريمة : « متاعا بالمعروف ، وليس من المعروف أن تعطى الغنية ذات الثراء العظيم كسوة خشنة لا تليق بمثلها ، ولأن المتعة قائمة مقام نصف مهر المثل ، ومهر المثل يقدر بمهر مثلها من أسرتها ، فيعرف من جانبها ، فتكون المتعة مثله تقدر بحالها ، وهؤلاء مع قولهم إن الواجب ملاحظة حالها يقولون إن المستحب ملاحظة حاله .

وقال بعضهم إن المعتبر حالهما معاً ؛ لأن الله تعالى في الآية الكريمة قد اعتبر أمرين : (أحدهما) حال الرجل في يساره وإعساره ، فقال تعالى . « على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، (وثانيهما) أن يكون مع ذلك بالمعروف ، فقال تعالى : « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، فبملاحظة هذين الأمرين يجب ملاحظة حالهما .

٢٦٤ — والمتعة (١) عند الشافعي واجبة لكل مطلقة ، ولو كان لها مهر بعد الدخول أو قبله لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف ، حقاً على المتقين ، ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب أن يكون التسريح بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريح بإحسان .

(١) المتعة عند الشافعي في تقديرها قولان :
 (أحدهما) أنه شيء فليس يعطيه الزوج تكريماً لها ، ويكون حسب المعروف اللائق به
 (الثاني) أن المتعة ثلاثون درهماً . وقال أحمد بن حنبل المتعة تقدر بحسب حال الرجل من يسار وإعسار وأعلاها رقبة وأوسطها كسوة وهي درع أى قميص ، وخمار ، وملحفة ، وهو المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد قال : (أرفع المتعة الخادم ، وأوسطها المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة) .

أما الحنفية فالمتعة عندهم لها ثلاث أحوال عند الطلاق . كما ذكر الزيلعي :
(أولاها) أن تكون واجبة وذلك عند الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم
لها مهرأ وهي ما ذكرناه أولا .

(وثانيها) أن تكون مستحبة ، وذلك إذا طلقها بعد الدخول ولم يسم
لها مهرأ . وقد وجب مهر المثل لأن ذلك من التسريح بإحسان .

(والثالثة) سنة مؤكدة وهي التي طلقها بعد الدخول ، وقد سمي لها مهرأ
لأن ذلك من التسريح بإحسان كما قلنا ، وترى أنه قد كان فرق بين الحال
السابقة وهذه في كون الطلب هنا سنة مؤكدة ، ووجه ذلك الفرق أن مهر
المثل في الأولى قريب في معناه من المتعة ، فكان طلبها مستحباً ، أما الثانية
فالتسمية جعلت المهر بعيداً عن معناها ، فكانت سنة .

٢١٥ — والمتعة كما علمت قائمة مقام نصف المسمى وقت العقد ، وكلاهما
يكون في الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى
والآن نبين نوع الفرقة التي توجب نصف المسمى أو المتعة ، إذا كانت قبل
الدخول الحقيقي والحكمي ، وهي :

١ — الطلاق بكل أنواعه ، أى سواء أكان على مال أم لم يكن ، وسواء
أكان بإيقاع الزوج أم بإيقاع القاضى ، إذا ثبت لدى القاضى ما يوجب
التطليق كالتفريق للعيوب ، أو للضرر ، أو عدم الإنفاق ، لأن طلاق القاضى
في هذه الأحوال يتولاه بالنيابة القانونية عن الزوج ؛ إذ هو لرفع الظلم ،
وهو يلجأ إليه عند ما يتعين التطليق رافعاً للظلم ، وقد كان الواجب على الزوج
أن يطلق في هذه الحال ، فلما لم يفعل قام القاضى مقامه ليرفع ظلمه ، كالمدين
المأطّل يبيع القاضى ماله لأداء ديونه نيابة عنه ، ولأن البيع تعين طريقاً
لرفع الظلم ، فالطلاق في هذه الحال ، وإن كان بطلبها ، وتولى القاضى إيقاعه
يوجب المتعة أو نصف المسمى وقت العقد .

ب - كل فرقة اعتبرت طلاقاً كإبائه الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته ، فإنه في هذه الحال يعتبر لإبائه طلاقاً على خلاف في ذلك ، فإن كان قبل الدخول الحقيقي والحكمي أوجب نصف المسمى وقت العقد ، أو المتعة ، ومن ذلك ردة الزوج عند محمد ، فإنها تكون طلاقاً عنده ، وتحسب من عدد الطلقات ، حتى إنها عنده لو كانت بعد ضلقتين كانت الثالثة ، فلا تجل له إذا تاب إلا بعد أن تزوج زوجاً آخر .

ج - كل فرقة اعتبرت فسخاً ، ولم تحسب من عدد الطلقات ، ولكن بمعصية من الزوج ، ولم تكن في سبيل استعمال حق إعطاء الشارع لإياه ، ومن ذلك رده على مذهب الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإنها لا تحسب من الطلقات التي يملكها ، حتى لو تاب وجدد عقد الزواج ملك الحل الأول كاملاً .

ومن ذلك أن يفعل بأصول زوجته أو فروعها ، ما يوجب حرمتها عليه على التأيد ، فقد علمت فيما مضى أن الدخول يوجب حرمة المصاهرة ، كالعقد عند الحنفية ، وقد بينا ذلك عند الكلام في المخرمات .

ففي هذه الأحوال يجب نصف المهر عند التسمية ، كما يجب المتعة عند التسمية وقت العقد .

سقوط المهر

٢١٦ - قلنا إن المهر إذا لم يحصل دخول حقيقي أو حكمي هو عرضة للسقوط كله أو نصفه ، وقد بينا الأحوال التي يسقط فيها النصف ، والآن نبين الأحوال التي يسقط فيها كله .

ويسقط المهر كله إذا حصلت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والحكمي فما يأتي :

(١) إذا كانت الفرقة من جانب الزوج ، وكانت فسخاً لاستعمال حق شرعى أعطاه الشارع لإياه ، وهو الفسخ بخيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة ، فإنه في هذه الحال يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقى أو خلوة . وذلك لأن هذا الفسخ كمنقضى للعقد من أصله ، فإنه لا تترتب أحكام عليه ، ما لم يحصل دخول كما ذكرنا . واعتبر ذلك الفسخ كالمنقضى للعقد من أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد . فإذا حصل الفسخ فقد عاد على أصل العقد بالنقض ، ككل فسخ يتصل بالرضا بالعقد لمن يلزم رضاه به .

ولمنا لو أوجبتنا نصف المهر بخيار البلوغ أو الإفاقة لم يكن لذلك الخيار فائدة بالنسبة للزوج ، إذ له أن يطلق فى أى حال ، وإنما ثمرة إعطائه حق الفسخ تكون فى ألا يجب عليه شئ من المهر ، إذا لم يكن دخول ، أما بعد الدخول فإن المهر يجب لأجله ، إذ هو يجب فى الدخول فى العقد الفاسد ، فأولى أن يجب فى نكاح صحيح .

(ب) وإذا كانت الفرقة فسخاً من جانب المرأة وكانت بمعصية منها كرهتها وإبائها الإسلام ، إن كانت مشركة وأسلم زوجها ، أو أن يكون منها بأحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمتها عليه فإنه فى هذه الحال لا مهر لها ما لم يؤكد المهر بدخول أو خلوة ، لأن المعصية لا توجب حقاً ، ولأن الفسخ جاء من جانبها ولم يكن ذلك بسبب منه ، كالطلاق للضرر ونحوه ، وإذا كانت الفرقة من جانبها كذلك فإنه لا مهر .

ج — إذا كانت الفرقة من جانبها وكانت استعمالاً لحق شرعى ، وكان ذلك يعد كمنقضى للعقد من أصله ، كاختيارها نفسها بالبلوغ أو الإفاقة أو العتق (١) فإنه لا يجب شئ من المهر إذا لم يكن مؤكداً ، لأن هذه الفرقة

(١) خيار العتق أن يكون للزوجة حق فسخ إذا كانت أمة ، فزوجها مودعاً ثم أعتقت فالتق بمحل لها حق الفسخ ، وهو كخيار البلوغ إلا أن الفسخ بخيار العتق لا يحتاج —

نقض للعقد من أصله فوق أنها جاءت من جانبها بغير سبب من الزوج ، فلا تستحق معها شيئاً من المهر غير المؤكد فيسقط كله .

ومن هذا النوع الفسخ بسبب عدم الكفاءة عند من يعتبر العقد مع عدمها غير لازم بالنسبة للولى - إذا ضلّب الولى ذلك ، والفسخ الذى يطلبه الولى ، إذا كان المهر أقل من مهر المثل لأن هذا الفسخ كالنقض للعقد من أصله ، وفوق ذلك هو من جانب المرأة فلا يجب معه شيء من المهر غير المؤكد .

والضابط العام لكل فرقة يسقط بها المهر غير المؤكد بدخول أو خلوة ، أنها الفرقة التى تكون كالنقض للعقد من أصله من أى جانب كانت ، من جانب الزوج أو جانب الزوجة . والفرقة التى تكون من قبل الزوجة من غير سبب يكون فى الزوج . هذا هو يسقوط المهر الذى حكم به الشارع ، وهذه هى الفرق التى تثبت ، وقد يسقط المهر بإسقاطها إذا أبرأته قبل الدخول

قضاء وتعذر بالجهل به ، بخلاف الفسخ بخيار البلوغ فى الأمرين ، وقد ذكر صاحب البدائع السبب فى أن الفسخ بخيار العتق والبلوغ يسقط المهر غير المؤكد ، فقال . الفرقة بالخيارين جميعاً تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخاً ، حتى لو كان الزوج لم يدخل بها ، فلا مهر لها أما فى خيار العتق فلا شك فيه لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها ، وهو اختيارها نفسها وكذلك فى خيار البلوغ إذ كان من له الخيار هو المرأة ، فاختارت نفسها قبل الدخول بها كما قلنا ، وأما إذا كان من له الخيار هو الفلام فاختار نفسه قبل الدخول بها ، فلا مهر لها أيضاً ؛ وهذا فيه نوع أشكال لأن الفرقة جاءت من قبل الزوج ، فيجب أن تكون فرقة طلاق ، ويتعلق بها نصف المهر ، والانفصال أن الفسخ أثبت له الخيار ، فلا بد أن يكون مفيداً ، ولو كان ذلك طلاقاً ، ووجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى ، لأنه يملك الطلاق . فإذا لا فائدة فى الخيار إلا سقوط المهر ، ولأن كان قد دخل بها لا يسقط المهر لأن المهر قد تأكد بالدخول ، فلا يحتمل السقوط بالفرقة ، كما لا يحتمل السقوط بالموت ولأن الدخول استيفاء منافع البضع وأنه أمر حقيقى فلا يحتمل الارتفاع من الأصل بالفسخ بخلاف المقد فإنه أمر شرعى فكان محتملاً للرفع بالفسخ ولأنه لما استوفى المنافع فقد استوفى المقود عليه وهو البذل فلا يسقط البذل الآخر ، اهـ المراد منه باختصار .

أو وهبته له ، ففي هذه الحال يسقط المهر . ولكن يأسقاطها له . وهو خالص حقها ، لا يحكم الشارع بالسقوط .

ملكية المهر وقبضه وزيادته ونقصانه

٢١٧ — ملكية الزوجة للمهر تثبت بعقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا ، سواء أكانت هناك تسمية له عند العقد أم لم تكن ثمة تسمية ؛ لأن العقد سبب وجوب المهر ، فينشأ الوجوب عقبه بلا تراخ بينهما ، وإذا كانت ثمة تسمية كانت الملكية للمسمى ، وإن لم تكن تسمية ثبت حق الزوجة في مهر المثل .

وإذا كان العقد الصحيح يوجب المهر ، ويجعله حقاً للزوجة من وقت إنشائه فإنه لا حاجة في ثبوت الملكية إلى القبض . ولكن إذا كان المهر مثلياً معرفاً بالوصف ، غير معين بالتعيين ، ولم يقبض ، كان ديناً في الذمة واجب الأداء في ميقاته ، وإن كان معيناً فإن الملكية تثبت فيه من غير توسط ذمة .

ولكن ملكية المهر غير متقررة ثابتة قبل أن يؤكد بأى مؤكد من مؤكدياته كما نوهنا ، بل يقبل السقوط في نصفه أو كله ، والمهر ما لم يقبض يكون في ضمان الزوج حتى يسلمه إليها .

٢١٨ — قبض المهر : وإذا كان المهر حق الزوجة خالصاً ، فلها قبضه بمجرد العقد ما لم يكن ثمة شرط لتأجيله بعضه ، أو عرف جرى بتقديم بعضه ، وتأجيل الآخر .

والذى يتولى القبض هو الزوجة نفسها أو وكيلها ، إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة فإن كانت محجوراً عليها حجراً مالياً كأن كانت سفية ، أو مجنونة ، بولاية قبض المهر لمن له عليها ولاية مالية ، وإن كان غير وليها العصبي ، فإذا

كانت الزوجة محجوراً عليها لعتة ، ووليها العاصب ^(١) عمها ، ولها وصى من قبل المحكمة غير عمها ، فإن عمها هو الذى يتولى زواجها ولا يقبض المهر بل الذى يقبضه هو الوصى المعين من قبل المحكمة .

وذلك لأن قبض المهر وقد صار مستحقاً لها . إنما هو لمن عهد إليه بالمحافظة على أموالها ، وإدارتها .

أما الرشيدة فقد قلنا إنها تتولى القبض بنفسها . أو بمن تأذنه بالقبض إذناً صريحاً أو إذناً ضمنياً . ويكون قبضه بالنيابة عنها ، ومن الإذن دلالة قبض الأب أو الجد الصحيح مهر البكر فى حضرتها ، إذ لم تنهما عن القبض . وذلك لأن البكر تستحى من المطالبة بنفسها ، كما تستحى من التكلم بالنكاح فجعل سكوتها عند قبض الأب أو الجد رضا بقبضهما وإذناً لها بذلك ، لأن الظاهر إذا لم يكن نهي صريح أنها ترضى بذلك القبض ، إذ هما فى الغالب يقبضانه ، ويجهزانها جهازاً يليق بها ، ويضمان إليه فى سبيل ذلك أضعافه ، وليس كذلك غير الأب والجد من الأولياء فلا يعتبر سكوتها إذناً لغيرهما ، وإذا نهت أباهما أو جداهما عن القبض لا تبرأ ذمة الزوج بالتسليم إلى واحد منهما .

وإذا كانت البالغة الرشيدة ثيباً لا يعتبر السكوت منها عند القبض إذناً ، أياً كان القابض لأن السكوت منها لا يعتبر رضا بالعقد ، فأولى ألا يعتبر رضا بالقبض ، فلا تبرأ ذمة زوجها إلا بتسليمها أو تسليم من توكله توكيلاً لا مجال للريب فيه .

(١) الولاية على المال عند الخفية لا تكون لأولى العاصب دائماً ، بل الولاية على المال للأب ثم وصيه ، ثم للجد ثم وصيه ، ثم للقاضى (المحكم الحسبية الآن) فالأب والجد وليان على النفس والمال وغيرها من المصبات ولـى على النفس فقط ولا يكون ولياً على المال إلا بوصاية والولى المالى يدبر المسال ويحفظه ، والولى العاصب يزوج لأن الزواج يعود عليه بالفخار أو العار .

ويلاحظ أن الوكيل بالزواج ليس وكيلا بقبض المهر ؛ لأن الوكيل بالزواج سفير ومعبّر ، فليس عليه أن ينفذ أى حكم من أحكام العقد ، والمهر حكم من أحكامه ولأن الولي العاصب مع ما له من ولاية ليس له أن يقبض ، فغيره ليس له ذلك بالأولى .

٢١٩ — وقد قلنا إن المهر لا يلزم قبضه وقت العقد ، وإن كان الحق يثبت فيه وقته ، بل قد يكون مؤجلا بشرط أو عرف ، وفي هذه الحال لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تأجيله بالشرط ، أو ما عرف تعجيله بالعرف ، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها ، فإن لم يقدم ما يجب تعجيله ليس له عليها حق الطاعة فإن امتنعت عن الانتقال إلى بيته ، فقد امتنعت بحق شرعى ، ويستمر ذلك لها إلى أن تسقط حقها في التقديم ، فإن سقط ذلك الحق بإسقاطها ، فليس لها أن تمتنع من بعد .

ولكن إن لم يقدم لها معجل الصداق ، ثم دخل بها برضاها أو اختلى بها كذلك فهل لها أن تمتنع بعد ذلك ؟ قال صاحبان ليس لها ذلك ؛ لأنها برضاها بالدخول أو الخلوة الصحيحة قامت بتنفيذ أحكام العقد من جانبها من كل الوجوه راضية ، فكان ذلك أمانة لإسقاطها حقها في طلب معجل المهر قبل الدخول ، فيسقط حقها في الامتناع حتى يقدمه ، والساقط لا يعود .

وحجة أبى حنيفة أن أحكام الزواج من جانبها لا تستوفي دفعة واحدة ، بل هي مستمرة الاستيفاء ما دام العقد قائماً ثابت الأحكام فرضاها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي ، ولكن لا يعد إسقاطاً لحقها في المستقبل ، كمن ترضى بالعشرة من غير إنفاق زمناً لا يعد ذلك إسقاطاً لحقها في النفقة القابلة ، وأيضاً فإن رضاها بالعشرة من غير تقديم المهر قد يكون لرجاء أن يعجل بالدفع ، فإذا ضاع رجاؤها يكون لها الحق في منع نفسها .

٢٢٠ - وهناك مسألة هي موضع خلاف في الفقه الحنفي ، وهي إذا اشترط في العقد تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم أنجب عليها الطاعة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد يجب عليها الطاعة ، لأنها بقبولها شرط التأجيل في المهر كله قد رضيت بإسقاط حقها في تعجيل المهر . أو تعجيل بعضه المعروف تعريفه عرفاً . وليس ثمة دليل على أن الزوج قد رضى بإسقاط حقه في طلب الطاعة . وتنفيذ حقوقه التي له بمقتضى العقد .

وقال أبو يوسف لها أن تمنع نفسها . حتى يحين وقت تسليم المهر طال الأمد أو قصر . وحجته أن حق المرأة في المهر يتقدم على تنفيذ ما للزوج قبلها من حقوق فلما اشترط تأجيل المهر كله إلى أجل معلوم ، فقد رضى صمناً بتأجيل حقه في طاعتها إلى ذلك الوقت ، وهي ما قبلت تأجيل المهر كله ، إلا على ذلك الأساس . والحقوق في الزواج متقابلة ، فحق الطاعة يقابله المهر والنفقة ، فإن اشترط أن لا مهر لها إلى وقت معلوم أو أن لا نفقة لها ، فلا طاعة عليها إن لم تمكن نفقة ومهر ، وليس الأمر كذلك إذا عجل بعضه ، لأن قبولها المعجل لإسقاط لبعض حقها ، وفيه دليل على أنه لم يرض بتأجيل الطاعة إلى وقت الأداء ، للمهر كله وإلا ما كان ثمة فائدة في التعجيل . والعرف جار بتهديم بعض المهر ، وتأجيل بعضه .

وإذا حل الأجل ، ولم يسلمها المعجل من المهر المعروف بالعرف فالخلاف بين أئمة المذهب قائم ، وظاهر أن ذلك الخلاف إذا أجل المهر إلى أجل معلوم ، ولم يؤجل إلى أبعد الأجلين الطلاق أو الوفاة ، فإنه في هذه الحال لا حق لها في الامتناع لأن التأجيل في هذه الحال لا يتضمن تأجيل الطاعة اتفاقاً . وإلا كان مناقضاً لمقتضى العقد فلا يصح ، ولا سبيل لجعله متلائماً مع العقد إلا بفرض تعجيل الطاعة ، وتأجيل المهر .

٢٢١ - ولقد قررنا أن الملكية تثبت في المهر المعين في عينه بمجرد

العقد ، أما غير المعين فيكون ديناً في الذمة إلى أن يقبض ، وإذا كانت الملكية تثبت في عين المعين بمجرد العقد ولو لم يتم قبض ، وقد يسقط المهر أو بعضه ويزيد مع ذلك المهر أو ينقص ، فقد اختص المهر المعين ببعض الأحكام بسبب زيادته أو نقصانه .

وخلاصة هذه الأحكام أنه إذا زاد المهر في يد الزوج ثم تأكد استحقاقها له بالدخول أو الخلوة أو الموت فإن الزيادة تثبت حقاً للزوجة ، ما في ذلك من شك ، وذلك لأن هذه الزيادة نماء ملكها أو ثمرته ، فيتبع الملك ، اللهم إلا إذا كانت الزيادة ليست نماء ولا ثمرة ولا غلة كزيادة بناء أو شجر فإنها تكون لمنشئها ، ويكون حكمها حكم ما يبني أو يغرس أو يزداد زيادة متصلة في غير ملك صاحبه والنقص يحسب عليه ، لأنه يكون في ضمانه إلى أن يسلمه ما دامت ملكيته كله قد تأكدت .

ضمان المهر

٢٢٢ - متى وجب المهر المثلّي المعروف بالوصف كان ديناً يصبح أخذ كفيلاً به ، ومن المقرر أن الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل لأنها التزام بما ليس بلازم عليه ، ولا مقابل له ابتداءً ، وإن كان الكفيل قد يرجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره عند الخفية ، وله الرجوع مطلقاً عند المالكية ، فإن ثبوت حق الرجوع لا يمنع أن الكفالة تبرع لوجهين : (أحدهما) أن الكفالة تقضى أن يطالب الكفيل بما لم يكن مطالباً به من قبل ، ولإلزام النفس بما ليس بلازم تبرع .

(وثانيهما) أنه إذا أدى الدين المكفول عنه ، وثبت له حق الرجوع عليه فقد يذهب دينه بالتوى ، إن أفلس الأصيل ولم يمكنه الأداء .

وإذا كانت الكفالة في ابتدائها تبرعاً ، فهي تبرع للمكفول له ، وهو

الدائن وهي الزوجة في كفالة المهر ، وللمكفول عنه وهو المدين ، وهو هنا الزوج ، ووجه كونها تبرعا للمكفول له ، هو أن الأداء كان له ، فالغنى قد آل إليه ، ووجه كونها تبرعا للمكفول عنه ، أنه سدد ديناً كان واجباً عليه دون سواء .

فالكفالة بالمهر إذن تبرع للزوجة ، وهي المكفول له ، وتبرع للزوج ، وعلى ذلك إذا كان الكفيل صحيحاً ، وقت الكفالة ، فهي صحيحة لازمة أيّاً كان مقدارها ، وأياً كان ، والمكفول له ، والمكفول عنه .

وإن كان الكفيل وقت الكفالة مريضاً مرض الموت ، فتبرعه يعتبر وصية على ما هو مقرر في الفقه الإسلامى ، وعلى ذلك يكون مقيداً بالثلث في تركته . فإن كان المهر أقل من الثلث ، فالضمان سائر على مقتضى ما اتفقا عليه ، وإن كان أكثر من الثلث ، فالضمان لا يكون إلا فيما يساوى الثلث فقط ؛ لأن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث ، إلا بأجازة الورثة . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوج والزوجة من ورثته ، أو لم يكونا ؛ لأن القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ المنظم لأحكام الوصية لم يمنع الوصية لو ارث ، كالوصية لأجنبي ، كلاهما لا ينفذ إلا في الثلث ، فإذا كان التبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، فهو بمقتضى القانون المصرى لا يفرق بين التبرع في مرض الموت للوارث وغيره .

والعمل قبل هذا القانون كان يسير على أساس المذهب الحنفى ، وهو كجمهور فقهاء المسلمين لا يجوز الوصية لو ارث إلا بأجازة الورثة ؛ ولذلك كان يفرق بين ما إذا كانت الزوجة أو الزوج من ورثة الكفيل المريض مرض الموت أو لم يكن كلاهما من ورثته .

فإذا كان أحدهما من ورثته ؛ كأن يكون أبا الزوج أو أبا الزوجة ، فالكفالة لا تنفذ أيّاً كان مقدارها إلا بأجازة الورثة ؛ لأن التبرع في المرض

يأخذ حكم الوصية ، والوصية لو ارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة كما علمت .
أما إذا كان كلا الزوجين ليس من ورثته ، فإنها تنفذ من غير حاجة
إلى إجازة الورثة إذا كان المهر المكفول به لا يتجاوز ثلث التركة ، فإن
تجاوزها ، فإن الكفالة في الزائدة لا تنفذ إلا بإجازة الورثة .

٢٢٣ — وإذا ثبتت الكفالة ، وكانت نافذة معتبرة كان للزوجة أن
تطالب الأصيل أو تطالب الكفيل ، فلها أن تطالب الزوج أو تطالب أباه
إذا كان هو الكفيل مثلاً .

وإذا أدى الكفيل عن الزوج كان له أن يرجع على الزوج إذا كانت
الكفالة بأمره .

وإذا كان الكفيل هو الأب ، وقد كفل ابنه الذي هو في ولايته ،
وأدى عنه فله الرجوع في مال ابنه ، إذا أشهد ^(١) عند الأداء أنه أدى
ليرجع ؛ وإن لم يشهد فليس له الرجوع ^(٢) لأن الإشهاد يقوم مقام الأمر ،
وفيه إعلان الرغبة الصريحة في أنه أدى ليرجع في مال الصغير .

(١) لا يشترط الإشهاد إذا كان الأب مديناً للابن ، لأن ذلك يعتبر أداء من مال الصغير
لا من ماله ، وإذا مات الأب قبل الأداء أخذ المهر من تركته ، وللورثة الرجوع في نصيب
الابن المكفول مطلقاً ، لأن كان لمشهد أو لم يكن ، وقال زفر ، وهو رواية عن أبي يوسف
ليس للورثة الرجوع إلا لأن كان لمشهد ، لأن الكفالة ذاتها لا تقتضي الرجوع .
هذا إذا كانت الكفالة في الصحة ، أما إذا كانت في مرض الموت ، فلا تنفذ إلا بأجازتهم
وقد قالوا إنه إذا كانت الكفالة في الصحة والأداء في المرض يرجعون مطلقاً لتعلق حقهم ،
وينبغي أن يكون فيه الخلاف بين زفر ، وأئمة المذاهب .

(٢) ولقد ذكر ابن عابدين أن القياس كان يوجب جواز الرجوع أشهد أو لم يشهد ،
وذاك لأن إقدامه على الكفالة بمنزلة أمر ابنه الذي هو في ولايته ، فكأنه أمر نفسه بالأداء
وله ذلك ، ولهذا لو أمر أجنبياً بأن يكفل ولده الذي هو في ولايته كانت كفالة الأجنبي
بالأمر ، فيرجع على الأب في مال الصغير ، ولكن الاستحسان اقتضى التفصيل المذكور ،
لأن الآباء قد يؤدّون المهر عن أبنائهم من غير أن يكون لهم طمع في الرجوع ، وذلك
أمر ثابت في العرف .

والأم كالأب في هذا الحكم ، لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمانه .
والإشهاد المعتبر هو الذى يكون عند الكفالة ، أو عند الأداء ، لأنه
عند الكفالة يكون كالأمربها ، والإشهاد عند الأداء يكون تفسيراً لما أرادته
بالكفالة ، وهو أن تكون كالأمربها .

٢٢٤ — وإذا كان الابن قاصراً وفقيراً ، وقد زوجه أبوه بماله من
ولاية عليه ، فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ، ويعد لإقامته
على التزيج ضماناً للمهر ، إذ الابن فقير لآمال له ، وعهدة العقد المالية تكون
على من تولاه ؟

قال فقهاء الحنفية ليس المهر بواجب على الأب بالأصلالة ، ولا
بالكفالة . أما عدم وجوده بالأصلالة فلأن المهر حكم من أحكام الزواج
يثبت على الزوج لزوجته ، وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه ، وأما
عدم وجوبه بالكفالة فلعدم وجود ما يدل على أنه كفّل المرأ وضمن أدائه (١)
٢٢٥ — ومذهب مالك والشافعى وأحمد فى رواية عنه أن الأب
إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ، ولو كان الابن كبيراً
تولى هو بالوكالة عنه ، ولذلك وجه معقول ، إذ أن الزوجة وأولياءها
ما ارتضوا ذلك الفقير زوجاً إلا لأجل أبيه ، وتولى العقد بنفسه يقتضى
عرفاً أن يكون مسئولاً عن بعض تكليفاته المالية ، وتخليه عن أداء المهر

(١) جاء فى بعض الكتب الحنفية ما يفيد أن الأب يطالب فى هذه الحال بالمهر ،
ولذلك جاء فى ابن عابدين ما نصه .
« فى شرح الطحاوى والتممة أن لها مطالبة أبى الصغير ضمن أولم يضمن . قال فى الفتح
والمذكور أن هذا قول مالك ونحن نخالفه . وهذا هو المولى عليه . . وفى مواهب
الرحمن لو تزوج طمعه الفقير لا يلزمه المهر عندنا » وملخص الموضوع أن للذهب الحنفى
لا يجعل الأب ضامناً ، ولكن سرى رأى مالك إلى بعض كتب الفقه الحنفى فظن أن فيه
رأياً يضمنه ، وليس كذلك .

لا يخلو من تغرير ، فيكون ملزماً به ، ولأن العرف جرى بأن الآباء يدفعون مهور أولادهم ، وأن الولد يعتبر قادراً على المهر بقدره أيه ويساره . وإذا أدى الأب المهر بمقتضى توليه عقد ابنه الفقير ، فإنه ليس له الرجوع عليه إذا أيسر ، لأن ذلك يكون بمنزلة ما ينفقه عليه .

ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الذي وجب عليه بمقتضى توليه العقد ، فإنه يؤخذ من تركته ، ولا يؤخذ من نصيب الولد ؛ وذلك يفيد أن الالتزام نشأ بمقتضى مباشرة العقد بالأصالة أو ما يشبهها . لا بالنيابة المجردة عن الابن .

هنا رأى الأئمة الثلاثة في ضمان الأب لمهر ابنه الفقير إذا تولى إنشاء العقد ولو كان الابن كبيراً ، وهو يخالف مذهب أبي حنيفة المعمول به في مصر وأكثر البلاد العربية .

وإني أرى أنه لو عمل بمذهب الأئمة الثلاثة لكان أعدل ، لأن عرف الناس جرى على أن الأب إذا تولى عقد ابنه الفقير . وهو غني يكون مسئولاً عن المهر ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

٢٣٦ — وإذا تعذر على الزوجة استيفاؤها معجل الصداق لعسره ، فهل لها أن تفسخ الزواج لذلك ؟ مذهب الحنفية أن العقد لا يفسخ لذلك السبب ، مادام العقد قد تم مع الكفاة ، ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولي .

وقال مالك والشافعي : لها أن تطلب الفسخ إذا لم يحصل دخول لعجزه عن القيام بما عليه من حق ، ولكنه بالدخول قد تقرر العقد ، وهي برضاها بالدخول مع عدم المهر قد أسقطت حقها في طلب الفسخ .

وقد أجاز أحمد طلب الفسخ ، ولو حصل دخول ، لأن الحق قد أوجبه الاعسار عن أداء الصداق ، ولم يوجد ما يزيل ذلك السبب ، فيستمر الحق

مع الدخول ، ولأن قبولها الدخول عساه يكون لرجائها ميسرته ، فلما ينست
هالبت بالفسخ .

قضايا المهر

٢٢٧ — هذا باب من الأبواب التي تشعبت صورها وأحكامها . وقبل
أن تتصدى لبيانها نذكر قاعدتين عليهما تدور الأحكام .

(القاعدة الأولى) أن الدعوة المستنكرة عرفاً لا تسمع ، لأن من
شروط سماع الدعاوى ألا تكون الدعاوى مستحيلة ، أو ينكرها العقل
أو العرف .

(القاعدة الثانية) أن البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، فكل
من اعتبر مدعياً فعليه البينة ، ومن اعتبر منكرأ فعليه اليمين ، إن لم يكن
للآخر بينة ، وتعرف المدعى والمنكر يرجع إلى الظاهر في القضية ، فمن
كان الظاهر يشهد له فهو المنكر ، ومن كان الظاهر لا يشهد له ، فهو المدعى ،
فإذا ادعى اثنان ملكية عين ، وأحدهما ذويد اعتبر ذو اليد منكرأ ، والخارج
هو المدعى ، لأن اليد دليل ظاهر على الملكية ، فالظاهر يشهد له ، وبذلك
نتهي إلى أن البينة تكون على من لا يشهد الظاهر له ، واليمين على من يشهد
له الظاهر ، وهذه نتيجة مقررة ثابتة .

وبعد ذلك نذكر الأحكام في قضايا المهر ، فنقول : الاختلاف في المهر ،
إما اختلاف في قبضه ، أو اختلاف في أصل التسمية أو اختلاف في مقدار
المسمى أو اختلاف في نوع المقبوض . ونبين كل واحد منهما بالإجمال :

٢٢٨ — الاختلاف في القبض : إذا كان الاختلاف في القبض بأن
يدعى هو أنه سلمها قدرأ من المهر ، وتنكر أنه سلمها شيئاً أو يدعى أنه سلمها
مقداراً وتدعى أنه سلمها أقل منه ، واخكم في هاتين الصورتين يختلف
بالدخول وعدم الدخول .

فإن كان الاختلاف بينهما قبل الدخول ، فعليه أن يقيم البينة على ما يدعيه ،
كأن يدعى أنه سلمها مائة ، وهي تدعى أنه سلمها خمسين فعليه أن يقيم البينة على
أنه سلمها الزيادة ، وكذلك عليه أن يقيم البينة على أنه سلمها ما يدعى ، إن
كانت تنسك أن سلمها شيئاً ، وفي هاتين الصورتين نرى الظاهر يشهد لها ،
فلا تطالب بالبينة ، وكان الظاهر يشهد لها ، لأن العقد أثبت المهر في ذمته ،
فكان الأصل بقاءه ، حتى يقوم الدليل على خلافه .

وإن كان الاختلاف بينهما بعد الدخول ، فإن كان الاختلاف في أصل
القبض ، بأن كان هو يدعى أنه أوفأها معجل صداقها ، وتنسك أن سلمها
شيئاً ، فدعواها لا تسمع على المأقى به عند ابن عابدين (١) ، وذلك لأنه جرت
العادة بتقديم بعض المهر ، فدعواها حينئذ تكون مستنكرة عرفاً ،
فلا تسمع .

وأما إن كان اختلاف في مقدار المقبوض بأن كان يدعى قدراً ، وتدعى
أنه أقل منه ، فعليه البينة ، وإلا فالقول قولها يمينها ، وذلك لأنه قد ثبت
حقها في المهر بمقتضى عقد الزواج ، فالظاهر يشهد لها ، وعليه أن يقيم البينة
على مقدار ماسدد وهو يدعى زيادة ، فعليه أن يثبتها (٢) .

(١) هذا رأى الفقيه أبى الليث ، ورجحه ابن عابدين كما ذكرت ، وخالف أبى الليث
قاضيتان ، فقد ذكر عنه في ابن عابدين أنه قرر أن في هذا الكلام نظراً ، لأن المهر ثابت
بمقتضى العقد ، والعرف لا يمكن أن يكون حجة لإبطال أمر ثابت لا مجال للشك في ثبوته ،
وفي منع سماع الدعوى لم يربان العرف لإبطال ، لذلك الأمر الثابت ، ولأن أقصى ما يدل
عليه العرف في هذا المقام أن يحمل الظاهر يشهد للزوج ، وكون الظاهر يشهد له يصلح
لدفع المطالبة عنه مع يمينه ، أن لم يمكن بينه ، ولا يصلح لإبطال حقها بعدم سماع الدعوى
من كل الوجوه وعدم توجيه اليمين .

(٢) ظاهر ما نقله ابن عابدين عن الفقيه أبى الليث أن الزوج إذا ادعى تقديم المعجل
كله ، وادعت نسليم بعضه أنه لا تسمع دعواها إذا كان ما تدعيه أقل مما جرى العرف بتقديمه =

هذا ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في أصل القبض أو في قدر
المنقبوض بين الزوجين أنفسهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر ،
أو بين ورثتهما إذا ماتا . فالحكم في كل الأحوال واحد .

٢٢٩ - الاختلاف في أصل التسمية : إذا اختلف الزوجان في أصل
التسمية فادعى أحدهما أن العقد قد اقترنت به تسمية صحيحة ، وادعى الآخر
أن العقد قد تم خالياً من التسمية ، فالبينة على مدعى التسمية ، فإن أقامها ثبت
مدعاه ، لأنه المدعى والآخر هو المنكر ، وإن لم تكن بينة وجهت اليمين
إلى الآخر ، وقضى عليه بالمسمى إن نكل عن اليمين ، لأن النكول عن اليمين
حجة للمدعى على المدعى عليه ، وإن حلف قضى بمهر المثل ؛ لأن المدعى عجز
عن الإثبات ، ولا سبيل للقضاء بما ادعى ، فيتعذر وجوب مهر مسمى ، ولأن
اليمين حجة كافية لاعتبار العقد خالياً من التسمية ، وعند خلو العقد من التسمية
يكون مهر المثل هو الواجب .

وإن كان الاختلاف في حال الطلاق قبل الدخول الحقيقي والحكمي ،
فالحكم كذلك بالنسبة للإثبات ، أى على مدعى التسمية إقامة البينة ، فإن عجز
حلف المنكر لها ، فإن نكل ثبتت الدعوى ؛ وإن حلف لا يثبت المسمى ،
وفي حال ثبوت التسمية يجب نصف المسمى ، وفي حال العجز عن ثبوتها
تجب المتعة .

وهذا كله إذا كان الاختلاف في حياة الزوجين ، أو كان بعد موت
أحدهما ويلاحظ أنه في حال الحكم بمهر المثل يشترط ألا يزيد على ماتدعيه .
إن كانت هى مدعية التسمية لرضاها بذلك القدر ، ولا ينقص عما يدعيه إن

= لأن ابن عابدين يقول : « قال الفقيه أبو الليث إذا كان الزوج قد بنى بها ، فإنه يمنع منها
ما جرت العادة بتعجيله ، ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهرها »
ونحن على هذا إذ قررنا أن البينة على الزوج فيما يدعيه من أنه دفع المعجل كله ، وقررنا أن
القول قولها عند إنكارها قدرأ من المعجل لأكمله قد سرنا على مقتضى ما قاله قاضيان .

كان مدعى التسمية هو الزواج . كما أنه إذا حكم بالمتعة لا تزيد على نصف ما تدعيه . إن كانت هي المدعية ولا تنقص عن نصف ما يدعيه ، إن كان هو المدعى ، قياساً على مهر المثل .

وإن كان الاختلاف بعد موت الزوجين فقد قال أبو يوسف ومحمد إن الحكم لا يختلف عن الاختلاف في حياتهما أو بعد موت أحدهما ، أى يحكم بالمسمى إن ثبت ، وبمهر المثل لا ينقص عما يدعيه ورثته ، ولا يزيد على ما يدعيه ورثتها إن لم يثبت المسمى .

ويختلف الحكم عند أبي حنيفة في حال العجز عن الإثبات ، أى أنه يقضى بالمسمى إن أمكن إثباته ، ولا يقضى بشيء إن لم يمكن ، لأن مهر المثل يقدر بمهر أقرانها من عشيرتها ، وموتها يدل على انقراض أقرانها ظاهراً ، وتقادم العهد فلا سبيل إلى تقديره ، ولأننا لو أجزنا دعوى الورثة بعد موتها في مهر المثل لأجزنا دعوى ورثة الورثة . . . وهكذا يتسلسل الأمر (١) .

وحجة صاحبين أن النكاح مادام ثابتاً ، ولو بالتسامع فقد وجب مهر المثل ، وإذا وجب فهو دين في النعمة ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فالإبراء لا يثبت الإبراء ولا الأداء ، فهو باق في ذمته تحمله تركته ولا يوجد ما يسقط ولا ما يمنع سماع الدعوى لمضى المدة ، فإن وجد بشروطه كان ذلك هو المانع ، لا مجرد موت الزوجين .

٣٣٠ - ويلاحظ أن الفتوى على قول أبي حنيفة ، وليس في قوانين

(١) يروى أنه جاء على لسان أبي حنيفة في الاحتجاج لرأيه : « أرايت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه أكنت تسمع » . ونرى من هذا التقرير أن أبا حنيفة يبنى رأيه على التقادم ، واتخذ موتها قرينة ظاهرة على موت أقرانها وتقادم العهد على الزواج ، فهل يجب مهر المثل إذا كان موتها في شرح الشباب والعهد بالزواج قريب ؟ يظهر أن الحكم كذلك ، ولذلك جاء في شرح البيهقي : « قيل إذا لم يتقادم العهد يقضي بمهر المثل عنده أيضاً » .

المخاطم الشرعية ما يجعل غيره معمولاً به دون صراحة : لأن الأخذ برأى أبي يوسف المنصوص عليه في القانون إنما هو في حال الاختلاف في مقدار المهر ، لا في أصل التسمية كما جاء بالمادة ٢٨٠ من اللائحة القديمة ، لا بمسه ما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة التاسعة عشرة وهي :

« إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرأً مثلها عرفاً ، فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

ونرى من هذا النص أنه جعل موضوع القضية الاختلاف في مقدار المهر ، لا في أصل التسمية ، وجعل البينة على الزوجة دائماً ، مع أن أبي يوسف الذي صرح به المذكرة الإيضاحية بأن هذا رأيه يجعل البينة عند الاختلاف في أصل التسمية على مدعى التسمية ، سواء أكان الزوج أم الزوجة ثم كان المعمول به عند الاختلاف في أصل التسمية هو رأى أبي حنيفة ؛ لأنه الراجح دائماً في مذهب أبي حنيفة ما لم ينص على خلافه ، ولم يكن ذلك النص .

٢٣١ - الاختلاف في مقدار المسمى : إذا كان الخلاف بين الزوجين

في مقدار المسمى ، واتفقا على أصل التسمية بأن ادعت هي مهرأً ، وادعى هو أقل منه ، ففي هذه الحال تكون هي المدعية ، وهو المنكر عند أبي يوسف ؛ لأنها تدعى الزيادة ، وهو ينكرها ، فيكون الظاهر شاهداً له ، فعليها لإثبات ما تدعيه فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إذا كان ما يدعيه غير مستنكر عرفاً ، كأن تكون هي من عشيرة ، مهر مثلها مائة ، فيدعى هو أن المسمى خمسة ، ففي هذه الحال يحكم مهر المثل ، فيحكم به إن كان دون ما تدعيه :

ويجوز بما تدعيه إن كان أقل من مهر المثل : لأن الظاهر في هذه الحال تكون شاهداً لها . ولا يسمع قول الزوج لأنه مستنكر عرفاً .

وهذا إذا كان الاختلاف عند استحقاقها المهر كله ، فإن كان الاختلاف عند استحقاقها النصف كان عليها الإثبات أيضاً ، فإن عجزت كان القول قوله مع يمينه إلا إذا كان ما ذكره يستنكره العرف .

وقد يكون في هذه الحال الأخيرة مدعى الزيادة هو الزوج كأن يكون قد سلمها المهر كله أو بعضه . ويدعى في هذه الحال أن المهر مائتان ليسررد منها قدرأ كبيراً . وتدعى هي أن المهر قليل ليسكون ما يسترده قليلاً . ففي هذه الحال يكون عبء الإثبات على الزوج لأنه مدعى الزيادة والزوجة منكرة ، فإن أقام البينة ثبت مدعاها ، وإلا كان القول قولها يمينها إلا إذا ادعت ما يستنكر عرفاً ، فيحكم حينئذ بمهر المثل بحيث لا يزيد على ما يدعيه .

هذا هو مذهب أبي يوسف ، وهو لا يختلف باختلاف الحياة ، والوفاة إذا كان التداعي بين ورثة الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر وهو المعمول به الآن في المحاكم الشرعية بمقتضى لائحة سنة ١٩١٠ ، وقد حل محلها في هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة السادسة منه (١) .

(١) نصت المادة (٢٨٠) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ على أنه يؤخذ بمذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر ، وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص على أنه إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلى آخر المادة التاسعة عشرة وجاء في المذكرة الإيضاحية التي امرت بصدر ذلك القانون أنه رئي أن يوضع مذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر بنصه الفقهي اكتفاءً بذلك عن استثنائه ولكن بالموازنة بين المقرر في الفقه بياناً لمذهب أبي يوسف ونص قانون سنة ١٩٢٩ ، في ذلك نجد أن المقرر في الفقه أوسع شمولاً ، لأن المقرر في الفقه أن البينة تكون على مدعى الزيادة ، بينما القانون يقول البينة على الزوجة ، وليست الزوجة هي مدعية الزيادة دائماً ، لأنها إذا كانت قبضت المهر كله أو ثلثيه ثم حدث ما أوجب تصفيفه فقد يكون هو مدعياً للزيادة ، ولذلك قرر أن عبارة المادة التاسعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قاصرة ، ويفهم المراد كله بنصوص الفقه .

٢٢٢ - هذا مذهب أبي يوسف ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنه إذا اختلف الزوجان ، في مقدار التسمية يعتبر كلاهما مدعياً حقيقة ، لأن الظاهر فقط ، كما قرر أبو يوسف ، فأيهما أقام بينة ثبت مدعاه ، فإن أقاما بينتين ، فالبينة الراجحة هي البينة التي لا يشهد لها مهر المثل ، فإن كان مهر المثل يشهد للزوج ، بأن كان أقل مما يدعى أو يساويه ، فبينة الزوجة هي الراجحة ، لأنه يعتبر في هذه الحال منكرأ ؛ لأن المنكر هو الذي يشهد له الظاهر ، إذ بينته لا تأتي بجديد . وإن كان الظاهر يشهد للزوجة ، بأن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه أو يساويه ، فبينة الزوج هي الراجحة ، والقول قولها بيمينها ، إن لم تكن له بينة .

وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما . بأن كان أقل مما تدعيه وأكثر مما يدعيه كأن تدعى مائة ويدعى هو خمسين ، ومهر المثل ثمانون ، تهاترت البينتان ويعتبر العقد خالياً من التسمية ، ويجب مهر المثل لأن بينة واحد منهما تنفي تسمية الآخر : وإن لم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول من يشهد له الظاهر ، وهو مهر المثل كما بينا ، وإن كان لا يشهد لواحد منهما ، بأن كان أقل مما تدعى ، وأكثر مما يدعى فإنهما في هذه الحال يتحالفان ، ويجب مهر المثل إن حلف كلاهما لعدم تعيين إحدى التسميتين للقضاء والنقاضي يبدأ بأيهما شاء ، فإن نكل لزمته دعوى الآخر وحكم بها ، وإن حلف حلف الآخر ، فإن حلف قضى مهر المثل ، وإن نكل قضى بدعوى الآخر .

هذا تخريج أبي بكر الرازي لمذهب أبي حنيفة ومحمد ، والكرخي يرى أن التحالف يكون إذا لم يكن لواحد منهما بينة مطلقاً ، وإذا حلف كلاهما ، وجب مهر المثل بحيث لا يقل عما يدعيه ، ولا يزيد على ما تدعيه .

ولكن الراجح هو التخريج الأول .

هذا إذا كان الاختلاف عند وجوب المهر كله ، وإن كان عند وجوب

النصف . فالحكم ما ذكرناه ، ولكن تحكم المتعة لا مهر المثل .
هذه أحكام اختلافهما في حال الحياة ، وكذلك إذا مات أحدهما ، أما
إذا ماتا والاختلاف بين ورثتهما فقد قال أبو حنيفة لا يجب مهر المثل ،
ولا يحكم لأنه لا يمكن معرفته ، بل إذا كان لأحدهما بيعة ثبت مدعاه ، وإن
كان لكليهما بيعة تهاوت البيعتان . وأما محمد فقد استمر على مقتضى رأيه
كالوكانا على قيد الحياة .

٢٢٣ - الاختلاف في وصف المقبوض : إذا أعطى الزوج زوجته
شيئاً ثم اختلفا ، فقالت إنه هدية ، وقال إنه مهر فإن أثبت أحدهما ما يدعيه
قضى به فإن أقامت هي البيعة على أنه صدر عنه وقت العطاء ما يدل على أنه
هدية ، أو أقام البيعة على أنه وقت التقديم صرح بأن المقصد المهر حكم
بمقتضاها ، وإن أقاما يمينتين كانت يمينها الراجحة لأنها تثبت المهر في ذمته ،
وهو ينكره ، فكانت مدعية وهو ينكر .

وإذا لم يكن لأحدهما بيعة . فإن كان العرف يشهد بأن مثل هذا يكون
هدية كالطعام والثياب فالقول قولها يمينها ، وإن كان العرف يشهد بأن مثل
هذا يكون مهرأ ، كالنقود فالقول قوله يمينه ، وإن كان العرف مشتركاً بأن
يسوغ أن يكون مهرأ وهدية ، فالقول أيضاً قول الزوج يمينه ، لأنه المملك ،
فهو الأدري بجهة التملك . والقول قوله في الإخبار عن نفسه ، والظاهر
أنه يسعى أولاً في إسقاط ما في ذمته بما هو واجب عليه أولاً ، ولأنه يعد
منكراً بادعاء إسقاط ما عليه من واجب .

وإذا قضى القاضى بأن ما أخذ كان على سبيل الهدية لم يحتسب من المهر ،
وإلا فإنه يحتسب .

وإذا حكم بأنه مهر ، وكانت قد وهبت له شيئاً على اعتبار أن ما قدم
هو هدية كان لها استرداد ما وهبته ، إن أثبتت أنها صرحت حين وهبت

أنه عرض هديته ، ويظهر أنه لو كان العرف يحل هديتها في نظير هديته يكون كالتصريح ، لأن المعروف كالمشروط ، وما وهبته إلا على جهة التعويض ، وقد تبين أنه لم يهب ، فلما استرداد ما أعطته ، ولقد صرح كمال الدين بن الهمام^(١) وغيره أن لها ذلك الاسترداد ، ولو كان الاختلاف والزوجية قائمة أى أن الزوجة في هذه الحال لا تعتبر مانعاً من موانع الرجوع .

٢٣٤ — وما يلحق بهذه المسائل مسألتان :

(إحداهما) إذا اختلف الزوج مع زوجته ، أو الخاطب مع مخطوبته في المدفوع : أهو مهر أم وديعة بأن ادعت هى أنه مهر ، وداعى هو أنه وديعة أو العكس ، ففي هذه الحال يكون القول قول مدعى المهر ، إذا كان المال المختلف فيه من جنس المهر ، ويكون القول قول مدعى الوديعة ، إذا كان المال المختلف فيه ليس من جنس المهر ؛ لأن الظاهر أن المهر كله يكون من جنس واحد ، فكان اتحاد الجنس مع المهر يجعل الظاهر يشهد لمن يدعى الوديعة .

ومن يكون القول قوله لا يقبل إلا يمينه .

(١) هذا نص ما قاله الكمال في فتح القدير . لو بنت هو وبنت أبو هاله أيضاً . ثم قال هو من المهر ؛ فلأب أن يرجع في هبته ؛ إن كان من مال نفسه ، وكان قائماً ؛ وإن كان هالكا . لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها ؛ فليس له الرجوع لأنه هبة منها ؛ وهى لا ترجع فيما وهبت لزوجها ... وفي فتاوى أهل سمرقند بنت لمليها هدايا وعوضته المرأة ؛ ثم زفت إليه ؛ ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية ؛ وأراد أن يستردها ؛ وأرادت هى أن تسترد فالتقول قوله في الحكم ؛ لأنه أنكر التملك وإذا استرده استردى ما عوضته .. وخلاصة هذا أن هدية المرأة إذا كانت تمويضاً لهدية الزوج ، ثم ادعى أن ما دفع عارية أو مهر فلها الرجوع فيما دفعت ، والظاهر أن قيام الزوجية لا يمنع من ذلك ، لأن التبرع كان على أساس هديته ، وقد ظهر بطلانه ، لحق لمن تبرع على اعتباره الرجوع .

وظاهر أن أيهما يقيم البينة تسمع . وإن أقاما بينتين ، فالتى تسمع بينته هو من لا يشهد له الظاهر ، وقد تبين سبب ذلك .

(ثانيتهما) مسألة مهر السر ومهر العلن ، بأن يتفق الزوجان على مهر فى السر ويعلنا غيره ، وفى هذه المسألة اختلف فقهاء المذهب الحنفى ، واختلفت الروايات عنهم .

وأظهر الروايات أنه إذا تزوج على قليل فى السر ، وكثير فى العلن — أن رأى أبى حنيفة ومحمد وجوب مهر العلن . لأنه زيادة فى المهر بعد وجوبه ، ولأن العبرة بالظاهر ، ولا يلتفت إلى ما سواه . ولأنه إن عرف السر اعتبر العلن زيادة لازمة ؛ لأنها صادرة عن عاقل ، لا دليل يناقضها ما دامت المرأة تطالب بها ، أما عند أبى يوسف فالواجب هو الأول ، لأن الثانية جاءت لغوا ، ولأن هذا مقصد العاقلين ، وروى أن محمداً مع أبى يوسف ، وروى أن رأى أبى حنيفة اعتبار السر ؛ وأن أبى يوسف يعتبر العلن .

وقد استظهر كمال الدين بن الهمام لاعتبار المهر مهر العلن ، ورجح دليله ورواياته (١) .

(١) راجع فتح القدير الجزء الثانى ص ٤٤٥ .

متاع البيت

٢٣٥ - قبل أن نبين أحكام الجهاز في المذهب الحنفي المعنوي به نرى من الحق. علماً أن عدد من يجب عليه إعداد البيت من الزوجين ، في الفقه الإسلامي ، رأيان متضاربان .

(أ) أحدهما (رأي الحنفية) وهو أن إعداد البيت على الزوج ، لأن النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه ، وإعداد البيت من المسكن ، فكان مقتضى هذا على الزوج . إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه ، والمهر ليس غرض الجهاز ؛ لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن . فهو ملك خالص لها من غير أى مقابل وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج . وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حذاً على المرأة ولا يثبت حق من حقوق الزوج من غير دليل .

(و) ثانيهما (وهو رأى المالكية أن الجهاز حق على المرأة في دائرة ما قبضته من مهرها ، وما تجرى به العادة بين أمثالها . فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر ، فليس عليها جهاز ، إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً ، أو كان قد شرط ذلك عليها ؛ وذلك لأن العرف جرى في كل العصور والأمصار على أن المرأة هي التي تعد البيت . ولا سبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت ، إذ الحقوق متقابلة ، إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر ، اشترط ذلك ، فالشرط طبيعة المتعاقدين ، كما هو مقرر .

وخلاصة هذا المذهب كما رأيت أنه يجب الجهاز عليها ، وألا يزداد على مقدار المقبوض . إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة ، أو كان شرط .

٢٣٦ - ورأى الحنفية كما رأيت أن الجهاز ليس بواجب على المرأة وإن قامت به فهي متبرعة ، وذلك هو المعمول به في مصر .

ولكن إن قدم لها مالا فوق المهر في نظير إعداد جهاز ، أو إعداد جهاز على شكل خاص ، فهل تكون ملزمة بذلك ؟

لقد قرر ابن عابدين أنه إن كان المال منفصلا عن المهر ، واشتراط ذلك ، أو جرى العرف على ذلك ، فإنها في هذه الحال تكون ملزمة به ، أو رد المال إلا إذا سكنت عن المطالبة ، وذلك لأنه إن كان المال مقابلا بالجهاز بالشرط أو العرف فهو هبة بعرض مشروط بالشرط أو بالعرف ، والهبة بعرض مشروط إن لم يتحقق الشرط فله الرجوع فيها ، وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط ، فإن لم تنفذ استرد ما أعطى في ذلك .

وإذا لم يجعل المال منفصلا عن المهر ، بل زيد في المهر بقصد الزيادة في الجهاز أو في نظير الجهاز ، فقد جرى الخلاف في هذه الحال ، فرأى يرى أنه لا يجوز أن يلزمها بجهاز معين . لأن المهر قل أو جل ليس في نظير جهاز بن خاص حقها إن سمي ، ولو كان كثيراً كثيرة فاحشة لقوله تعالى : « وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً » .

ورأى يرى أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز . فيجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين ، أو لم يكن جهاز ، ويكون هذا كحال ما إذا سمي الزوج مهرأ وشرط منفعة له ، فإن تخلقت المنفعة وجب مهر المثل لا يزيد على المسمى . وقد قالوا إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس أنها بكر ، فتبين أنها ثيب فقد جرى هذا الكلام في ثبوت الزيادة .

٢٣٧ - وإذا جهزت المرأة نفسها ، وذلك هو المعتاد منها يكن اختلاف الأئمة ، فالجهاز ملكها باتفاق الفقهاء أجمعين سواء اشترته بنفسها أم اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها ، أو ولاية عليها .

ولإذا كان لأبيها نيابة عنها فاشترى جهازها من مهرها أو مالها ، فهو ملك لها بمجرد الشراء . لأن أحكام العقد الذي يتولاه شخص بالنيابة تكون لصاحب الشأن بمجرد صدور العقد من غير تراخ .

• إذا اشترى الأب الجهاز أو بعضه بماله على أن يكون ملكاً لابنته ، فإن ذلك يكون تملكاً لها بصرياً ، وتجرى عليه أحكام الهبة من حيث التسليم ، ومن حيث مفيدتها بالثلث إذا كان مريضاً مرض الموت ، وقد قالوا بالنسبة للتسليم إن مجرد شراء الأب من ماله لابنته وسلبه هو ينفي عن القبض ، وإذا كانت في ولايته المسالة ، لأن يده لها صفة النيابة عنها في قبض الهبات ، فمقتضى ماله عندها من ولاية شرعية ، فمجرد تبرعه لها تتم الهبة من غير حاجة إلى قبض جديد .

أما الكبيرة فلا يدخل الجهاز في ملكها إذا اشتراه من ماله ، إلا إذا قبضته لأن وكالته في الشراء فقط ، أما قبول الهبة والقبض عنها فليست له ولاية فيهما .

وبالنسبة للشراء من ماله لها إن كان مريضاً مرض الموت ، فإنه يكون مفيداً بالثلث لأن التبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية في مصر . والوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن كان الجهاز يتجاوز ثلث تركته ، فلا ينفذ التبرع في الزيادة إلا بإجازة الورثة .

والعبرة بوقت الشراء إن كانت البنت في ولايته ، فإن كان وقت الشراء مريضاً وتسلم بمقتضى الشراء كان التبرع وهو مريض مرض الموت ، وإن كان وقت الشراء صحيحاً فهو تبرع في الصحة ، ولو مرض من بعد . وإن

(١) من الصور التي يعتبر الجهاز فيها تملكاً من الأب ، إذا أعطت الأم ابنتها شيئاً من المانع الذي يملكه الأب بمحضته وسكت إلى أن زفت ، فإنه يعتبر ملكها لوجود الإذن دلالة ، وكذلك إذا اشترت الأم الجهاز من مال الأب بعلمه وسكت ، فإنه يكون ملكاً .

كانت المذبة كبيرة ، وقد اشترى لها وهو محجج ثم سلمها وهو مريض فالعبرة
بوقت التسليم ، لأن التبرع لا يتم إلا بالتسليم ، فإذا سلم وهو مريض يعتبر
قد تبرع في مرض الموت ، فيأخذ حكم الوصية .

هذا هو المعمول في مصر بمقتضى قانون الوصية القائم ، فقد جعل الوصية
لوارث كأوصيه لأجنبي ، فيكون التبرع في مرض الموت لوارث ، كتبرع
في مرض الموت لأجنبي على سواء .

أما المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به من قبل كثر مذاهب السنة ،
فإنه يحرم الوصية لوارث بالقليل أو الكثير لا تنفذ إلا بإجازة الورثة ،
فيكون التبرع في مرض الموت لوارث لا ينفذ أيضاً إلا بإجازة الورثة ،
أما الوصية لأجنبي فهي لا تعيد إلا بالثلث ، والتبرع في مرض الموت يكون
دذلك معيداً بالثلث .

٣٨١ الاختلاف في متاع البت : الاختلاف في متاع البت إما أن
يكون بين الأب وابنته أو ورثتهما ، وإما أن يكون بين الزوجين أو ورثتهما .
وقد قالوا في تصوير الخلاف بين الأب وابنته إنه إذا اشترى الأب الجهاز
من ماله . ولم يصرح عند الشراء أو التسليم أنه هبة لها أو عارية ، فإنهما قد
يختلفان في ملكيته من بعد ، فتقول هى أو ورثتها : إنه هبة ، ويقول هو
أو ورثته : إنه عارية . والحكم في هذه الحال أن القول قول من يشهد له الظاهر
بيمينه . فإن كان يشهد للأب أو ورثته فالقول له بيمينه ، وإن كان يشهد للبنت
أو ورثتها^(١) فالقول لها بيمينها ، وإن كان العرف مشتركاً بأن كان المختلف
عليه أشياء العرف يحيز فيها أن تكون عارية ، وأن تكون هبة ، فقد اختلفت

(١) نقل صاحب النهر عن قاضيهان أنه قال : « ينبغي أن يقال إن كان الأب من
الأشراف لم يقل قوله ، وإن كان ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله » .

في ذلك الفتوى ، فالسرخسي يرى أن القول قوله ؛ لأن ذلك يتصل بإرادته ، والقول قوله في الإخبار عن نفسه ، وقال آخرون القول قول البنت ، لأن العرف جرى على أن يكون هبة في الغالب ، ولأنها واضعة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهراً ، فكان الظاهر يشهد لها .

هذا ويجب أن يلاحظ أن أيهما يقيم بينة تقبل ، وأنهما إن أقاما بينتين ، فالبينة التي تسمع هي التي لا يشهد لها الظاهر ؛ ثم إن هذا هو الحكم ، سواء أكان الاختلاف بين الأب والبنت أم كان بين وورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر .

٢٣٩ — وإن كان الاختلاف في المتاع بين الزوجين (١) بأن تدعى هي أنه ملكها ويدعى هو أنه ملكه ، وكان الاختلاف في حياتهما ، فما يصلح لإل الرجال ، كالكتب ونحوها ، فالقول فيه قول الزوج يمينه ، وما لا يصلح لإل النساء ، كأدوات الزينة والخياطة ، فالقول فيه قول الزوجة يمينها .^(٢) الظاهر شاهد لها .

وما يصلح لهما جميعاً كالسجاجيد ، فقد اختلف فيه أئمة المذهب ، فقد قال زفر إنه بينهما نصفان ، إن لم تكن بينة لأحدهما ؛ لأنه مادامت الزوجية قائمة فيدهما معاً ثابتة على كل ما في البيت ، واليد دليل الملكية ظاهراً . فثبتت الملكية لهما ، ما لم يوجد مرجح لدعوى أحدهما من بينة مثبتة ، أو ظاهر آخر . وقال أبو يوسف مع بعض الفقهاء القول قول المرأة إلى جهاز مثلها ، لأن

(١) قال الشافعي إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فهو بينهما ، سواء في ذلك ما يصلح لهما وغيره ، وذلك لأن كليهما وضع اليد على ما في البيت فهو ملكهما ، وهذا قولنا .
على خلافه وهو رأي زفر ، وقال ابن أبي ليلى القول قول الزوج في الكفاية ، وفي ثيابها ،
واضع اليد هو الزوج أما ثيابها فالظاهر يشهد لها . وقال الحسن القول قول المرأة .
ثياب الرجل ، ووجهه أن يد المرأة على ما في البيت أظهر ، فالقول قولها .

المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فكان الظاهر شاهداً لها بذلك القدر ، ويكون القول قولها فيه ، والظاهر يشهد للرجل في الباقي ، لأن يده عليه . فالقول قوله فيه .

وقال أبو حنيفة ومحمد مع آخرين : إن القول قول الزوج في كل ما يصلح لهما . لأن المسكن مسكنه ، فكل ما يحويه هو تحت يده وسلطانه ، وبده فيه متصرف ، أما يد المرأة لحافضة ، واليد المتصرفه هي يد الملك ، فكانت دليل الملكية ظاهر ، أما اليد الحافضة ، فكيد الوديع لا تدل على الملك . وإذا كان الأمر كذلك فالظاهر يشهد للزوج ، ويكون القول قوله فيما يصلح لهما ، بخلاف ما لا يصلح إلا لها ؛ لأن ثمة شاهداً على الملكية أقوى .

هذا رأى الأئمة إذا لم تكن بينة . وإذا كان واحد منهما له بينة فإنه يحكم له في أى حال من الأحوال ، وإن أقاما بينتين ترجح بينة من لا يشهد له الظاهر .

هذا إذا كان الاختلاف في حياتهما . أما إذا كان بين ورثتهما أو بين أحدهما وورثة الآخر فاحكم كذلك عند أبي يوسف . وكذلك عند محمد ، أما أبو حنيفة فقرر أن الحكم كاذك إذا كان الخلاف بين ورثتهما أو ورثة الزوجة مع الزوج أما إذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة ، فقرر أن الظاهر يكون شاهداً للمرأة ، لأنها واسعة اليد .

النفقة

٢٤٠ — يحصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص على غيره في ثلاثة :
هي الزوجية ، والقربى ، والملكية ، فنفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى
الزوجية ، ونفقة القريب تجب على قريته بسبب الرحم المحرمة الواصلة
بينهما ، ونفقة العبد تجب على سيده بسبب الملكية ، ولكل واحدة من هذه
النفقات باب قائم بذاته ، ونطرح من بحثنا نفقة الملكية ، والكلام في نفقة
الأقارب عند الكلام في أحكام الأولاد وحقوقهم .

والآن نتكلم في نفقة الزوجية ، وهي واجبة للزوجة على زوجها ، باعتبار
ذلك حكماً من أحكام عقد الزواج الصحيح ، وحقاً من حقوقه الثابتة للزوجة
على زوجها بمقتضى العقد ولذلك تجب ، ولو كانت الزوجة غنية ، وسواء
أكانت مسلمة ؛ أم كانت غير مسلمة ؛ لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح ،
وهو متحقق في الزوجات جميعاً .

وقد ثبت وجوب النفقة بالكتاب ، والسنة ، والقياس ، والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »
والمراد بهن الزوجات من الأمهات . وقوله تعالى في حق المطلقات : « ولينفق
ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق فيما آناه الله لا يكاف الله
نفساً إلا ما آناه » .

وقوله تعالى في حق المطلقات أيضاً : « أسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم » ، وإذا كان ذلك حق المطلقات في أثناء العدة ، فحق الزوجات أوجب .
وأما الحديث فقوله ﷺ في حجة الوداع : « اتقوا الله في النساء
فانهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله » ،

لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحد تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . .

وروى أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ ، فقال ما حق المرأة على زوجها ، فقال ﷺ : « يطمعها إذا طعم ، ويكسوها إذا كسى ، ولا يهجرها إلا في النيت . ولا يضر بها ، ولا يقبح ، وفي البخاري ومسلم أن همدأ بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت : يا رسول الله . إن أبا سفيان رجل شحيح . لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني . إلا ما آخذ من ماله بغير علم . فقال ﷺ : « آخذ من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ببيتك . »

وأما القياس فإنه من القواعد المقررة في الفقه أن من حبس الحق غيره فنفقته واجبة عليه ، فالقضى ، والوالى ، والقاضى ، وغير هؤلاء من العاملين في الدولة نفقاتهم تجب في بيت المال . لأنهم حسبوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة الحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهلهم بالمعروف . ولقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شئونه ، فحق لها النفقة جزاء الاحتباس .

ولقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبي ﷺ إلى الآن لم يخالف في ذلك أحد .

٢٤١ — والسبب في وجوب نفقة الزوجة هو العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له ، والعقد الفاسد لا يوجب نفقة قط ، حتى إنه لو قدم الرجل للمرأة نفقة ، ثم تبين أن العقد فاسد ، كما لو أنفق على امرأة عقد عليها ، ثم تبين أنها أخته رضاعاً مثلاً رجع عليها بما أنفق ، إن كان قد أعطاها ما تنفق منه بفرض القضاء ، أما إن لم يكن بفرض القضاء فلا يرجع ، ووجه هذه التفرقة أنه إن أعطاها بفرض القضاء ، فقد أعطاها مالا على أنه جزاء للاحتباس في عقد صحيح ، وقد تبين فساد العقد ، ولا

يحتمل أن يكون متبرعا ؛ لأن القضاء ألزمه ، أما إن أنفق من غير حكم
القضاء فاحتمال التبرع ثابت ، ولم يكن ثمة تقدير للنفقة مفروض ، فيكون
الاتفاق على سبيل الإباحة فلا رجوع .

٢٤٢ — والنفقة في العقد الصحيح جزاء الاحتباس أو الاستعداد له .
كما قررنا ، فإذا لم يتحقق الاحتباس ولا الاستعداد له فلا نفقة . وإذا تحقق
الاستعداد مع إمكان استيفاء أحكام الزواج من الزوجة في الجملة وجبت
النفقة ، سواء انتقلت إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل ولم تمنع في الانتقال ؛
لأن الزوج إذا ترك حقه في نقلها فعلا إلى بيته لا يضيع حقها في النفقة .
وهذا هو الأصح في المذهب الحنفي وغيره (١) .

٢٤٣ — والاحتباس الموجب للنفقة هو الاحتباس الذي يمكن معه
استيفاء أحكام الزواج ؛ حتى يمكن أن يكون الاحتباس لمنفعة الزوج ،
ولقد تكلم الفقهاء في هذا المقام في مسألتين :

أحدهما : مسألة الزوجة المريضة ، وقد اتفقوا على أنها إذا مرضت قبل
الزفاف ، ولا يمكنها الانتقال إلى بيته فلا نفقة لها ؛ لأن الاحتباس غير
ممکن ، ولا يتأتى الاستعداد له ، إذ المرض يمنعها (٢) .
وإذا كان يمكنها الانتقال فالنفقة لها واجبة ، إلا إذا طلبها وامتنعت ؛

(١) هذا ما جاء في ظاهر الرواية ، وقد اختار صاحب الهداية عدم وجوب النفقة قبل
أن تزف لغيرها ، واختاره بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبي يوسف . والظاهر أن عدم
وجوب النفقة على ذلك الرأي إنما يكون إذا لم تطالبه بالانتقال . أما إذا طالبت بالانتقال
ولم يعد المسكن الشرعي فتجب النفقة اتفاقا ، ولأنما الخلاف فيما إذا طالبت بالنفقة عن عدة
قبل الزفاف ، ولم يوجد ما يدل على المنع من أحدهما فظاهر الرواية بوجوبها والرأي
الثاني لا بوجوبها .

(٢) هكذا حكى الاتفاق على حكم هذه الحال الكاساني في البدائع وابن نجيم في البحر
ولكن ابن همام في فتح القدير ، قال إنه مخير على قول من يشترط لوجوب النفقة الانتقال
إلى بيت الزوجية وإن ظاهر الرواية غيره .

لأن إمكانها الانتقال واستعداده له كافٍ لحوب النفقة وأحكام الزوا -
يمكن استيفائها في الجملة ، لأن عرس تال للزوال ، وحة "منرة"
يوجب احتماله ، ولأن ما تكون أخدمته ، لا تسقط فيه الحقبة الأولى .
العارضة التي لا يد للإنسان فيها ، ولا قبل له بدفعها ، وعل ذلك تكون
المريضة في هذه الحال كالسليمة على سواء (١) .

هذا كله إذا كان مرضها قبل أن تزف إليه ، أما إذا زفت سليمة ثم مرضت
فلها النفقة مادامت في بيت الزوجية ، ولو كان مرضها مزمناً : وذلك لأن
الاحتباس قد تم كاملاً ، والمرض عارض ، وهو كيفما كان قابلاً للزوال ،
والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة ، ولأن حسن العشرة يوجب
أن يحتمل كل واحد منهما صاحبه في مرضه وسقمه (٢) .

(ثانيهما) مسألة نفقة الزوجة إذا كانت صغيرة وهي ثلاثة أقسام :

(أولها) صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الانتناس ،
وهذه لا نفقة لها بالإجماع في المذهب الحنفي (٣) ؛ لأن النفقة منوطه
بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصور في هذه
الصغيرة .

(١) ويروي عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل الانتقال ، فإن بقى وهي مريضة فله أن
يردها ؛ وإن أبقاها فلها النفقة ، ووجه هذه الرواية أن الاحتباس الموجب للنفقة هو الذي
مكن استيفاء أحكام الزواج منه ؛ فإن كانت مريضة مرضاً لا يمكن منه استيفاء أحكام العقد
منه فلا نفقة وإن أبقاها فقد رضى بهذا الاحتباس الناقص فتجب لها النفقة ، ولأنه قد رضى
به ولا ينقص مانم برضاه .

(٢) ولقد - في فتح القدير - « أن شمس الأئمة الحلواني قال : إذا مرضت مرضاً
لا يمكن الانتفاع منه تسقط النفقة ، ولكن الأولى الأخذ بما ذكرنا ، وهو وجوب النفقة
لأنه المتفق مع معنى الزوجية وغايتها الباقية .

(٣) - ف : انفى في ذلك ، لأنه يحمل النفقة تابعه للعقد ، وما دام العقد لم يجد
النفقة وحة منه . كانت أو كبره ولا إذا حصل شور .

(ثانيا) صغيرة يمكن الدخول بها ، وهذه حكمها حكم الكبيرة ؛ لأن أحكام الزواج يمكن استيفاؤها منها .

(ثالثا) صغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة أو المؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها ، وقد قال الأكثرون : لانفقة لها ؛ لأن المقصود لا يمكن استيفاؤه منها ، وقال أبو يوسف مع بعض الفقهاء إن نقلها يجب لها النفقة لإمكان الانتفاع في الخدمة والاستئناس ، وإذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الرجل وحده ، كأن يكون صغيراً أو عتيقاً أو مريضاً فإن النفقة تكون واجبة عليه ، لأنها قامت بكل أحكام الزواج الممكنة من قبلها ، فحق عليه أن ينفق عليها :

٢٤٤ - وإذا امتنعت عن الانتقال بحق لها ، فإن النفقة تكون واجبة كأن تمتنع ؛ لأن المسكن الذي أعده تسكن فيه ضررتها ، إذ المسكن حينئذ لا يكون مسكناً شرعياً ، فإن من حقها أن تسكن في مسكن خال من الضررة ، لأن وجودها معها إيذاء لها .

وكان يكون المسكن مغبوباً ، فإنها إن انتقلت إليه تشاركه في الإثم ، ومن حقها أن تجانب الإثم ، ولا ضاعة لمخلوق في معصية الخالق .
وكان تمتنع لأن المسكن غير لائق بمثله ، أو غير مستوف للرفاق الشرعية وهكذا .

ففي هذه المسائل وأشباهاها يكون فوات الاحتباس ، باستعمال حق شرعي لها ، فيكون بسبب من جانبها ، فيعتبر الاحتباس موجوداً حكماً ، لأنها مستعدة في دائرة ما يلزمها به من أحكام عقد الزواج .
ولقد تكلم الفقهاء في هذا المقام في مسألتين :

(إحداهما) إذا امتنعت عن الاحتباس لعدم تقديم معجل الصداق ، فقد قالوا إن ذلك إن كان قبل الدخول بها فلها النفقة ، لأن الامتناع لحق لها ، ولم يوجد ما يبدل على إسقاطه ، لانصاً ولا دلالة .

وإن كان بعد الدخول فقد اختلف أبو حنيفة وعاصم وجمهور الفقهاء ، فقال أبو حنيفة مع بعض الفقهاء لها الامتناع ، لأنها لم تسقط حقها في المستقبل وإسقاط حقها في الامتناع في الماضي لا يدل على إسقاطه في المستقبل ، وقال الصحاح مع آخرين من الفقهاء ليس لها الامتناع ، لأنها برضاها بالدخول مختارة ، قد أسقطت حقها في الامتناع لأجل المعص . والساقط لا يعود .

(الثانية) إذا أراد أن ينقلها إلى غير بلدها ، فامتنعت عن السفر ، فهل يعد ذلك امتناعاً لحق لها ؟ وبعبارة أخرى هل من حق الزوجة أن تمتنع عن السفر مع زوجها ؟ المتقدمون من الفقهاء على أن للزوج أن يسافر بزوجه ، وليس لها الامتناع عن السفر معه ، وذلك لقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن » وأساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل (١) .

ولكن جاء المتأخرون من الفقهاء السابقين ، فأفتى بعضهم بأنه لا يجوز السفر بها ، لأنه يضارها ويضيق عليها بالسفر ، فوقع السفر تحت النهي الذي ذيلت به الآية السابقة « ولا تضاروهن لتضييقا عليهن » وخرجوا كلام المتقدمين على صلاح الناس في زمانهم ، وعدم قصد المضره بالسفر .

(١) هذا هو المذكور في ظاهر الرواية ، ورأى المتأخرون عكسه ، وقد قال أبو القاسم الصفار في ترجيح رأي المتأخرين : « هذا كان في زمانهم ، أما في زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها ، ولأن أوفى صداقها ، لأنه في زمانهم كان الغالب من حالهم الصلاح ، أما في زماننا فقد فسد الناس ، والمرأة متى كانت بين عشرينها فالزوج لا يمكنه أن يضلها ، ومتى نقلها إلى بلدة أخرى ظلها ، ولا يمكن أن تستغيث عليه بأحد .

ولقد قال بعض المتأخرين أن أوفاه المهر كله معجله ومؤجله ، وكان مأموناً عليها له أن يسافر بها ، واقدم قال الزيلعي في هذا القول : « قال صاحب المتقى : وأفتى أنا بأنه يتمكن من نقلها ، إذا أوفاه المعجل والمؤجل وكان مأموناً . ولا يمكن إذا أوفاه المعجل دون المؤجل لأنها لا ترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد الغربة » .

والقول الفصل في هذا المقام ، وهو الذى يتفق فيه دليل المتقدمين . المتأخرين أنه إن كان السفر إلى الضرر ، كالسفر لأن عمله ليس في بلدها وهو مأمون عليها فله السفر بها ، وإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعى . فله إجبارها بحكم القضاء بالطاعة ، وليس لها النفقة في مدة الامتناع . وإن كان السفر مضاره كان به قصر في المصر ، وعمل فيه ، وأراد أن ينقلها إلى قريته أو مزرعته أو كان غير مأمون عليها ، ففي هذه الحالة . لها الامتناع ولا يسقط جزمها في النفقة بامتناعها . وهذا ما عليه العمل بمصر .

٢٤٥ — وإذا فونت المرأة على الرجل حق الاحتباس الشرعى بغير حق فلا نفقة لها ، وتعد ناشرة ، وس تشوز ما يأتى :

(أ) إذا امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعى ، وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعد المسكن إعداداً كاملاً يليق به ، وكذلك إذا خرجت من منزلها بغير إذنه ، واستمرت ناشرة مدة طالت أو قصرت ، فإنه لا نفقة لها في هذه المدة ، وإذا عادت إلى طاعة زوجها ، واستقرت في مسكنه عادت النفقة في المدة التالية .

(ب) إذا كانا يقيمان في بيتها بإذنها ، ثم منعه من الدخول ، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن بعده ، وترك له فرصة للبحث ؛ لأن منعها له من غير ذلك الطلأ والإمهال خروج عن طاعته ، فتكون ناشرة أيضاً ، أما إذا منعه بعد أن سألته النقلة ، وأمهلت مدة كافية للبحث فإنه لا يعد امتناعاً عن الاحتباس فتكون لها النفقة . وإن عد امتناعاً فهو امتناع بحق ، فلا يسقط النفقة ، إذ -حقاً في أن يعد لها مسكناً ، لا أن تعد له المسكن .

(ج) المحبوسة ، ويظهر من عبارات الكتب في المذهب الحنفى أنها لا نفقة لها بالاتفاق ، إذا كان الحبس قبل الزفاف . لغوات الاحتباس الشرعى . وعدم إمكانه ، أما إذا كان الحبس بعد الزفاف ، فإن كان في

قدرتها التخليص منه . كأن يكون الدين تستطيع أدائه . فلا نفقة لها أيضاً بالاتفاق ، لأن فوات الاحتباس جاء بأمر من قبلها ، وليست معذورة فيه ، بل لها فيه اختيار . أما إذا كان الحبس بعد النقلة . ولا يمكن تلافيه ففي هذه الحال احتملت الروايات ، فظاهر الرواية أنه لا نفقة لها ، لأن الاحتباس قد فات بسبب من قبلها ، وأصبح غير ممكن ، وروى عن أبي يوسف وهو قول بعض الفقهاء أن النفقة تجب لها ، لأنها معذورة في ذلك . ولا قبل لها بدفعه .

ومثل المحبوسة في الحكم المغصوبة ، ولذلك جاء في البدائع . «ولو فرض الماصي لها ، ثم أخذها رجل كرهة فهرب بها شهراً . أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعهما لفوات التسليم لالمعنى من قبل الزوج ، وروى عن أبي يوسف أن لها النفقة ، لأن الفوات ما جاء من قبلها باختبارها .

(د) المحترقة ، فإذا كانت المرأة من المحترقات الثلاث لا يقررن في البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها القرار في البيت فلم تجب عليه ، وذلك لأن الاحتباس في هذه الحال ناقص فله طلبه كاملاً ، فإن امتنعت فهي ناشزة ، أما إذا رضى بهذه الحال ، فقد رضى بالاحتباس الناقص فتجب النفقة (١) . وذلك التفصيل في ذاته معقول ، لأن الاحتباس الذي تجب بسببه

(١) في الزوجة المحترقة خلاف بالنسبة لفقهاء ، واعتبارها ناشزة ؛ ففي الدر والمجتبى أنه لا نفقة لها ؛ وقد جاء في الدر : « لو سلمت نفسها في الليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنفس التسليم ... » وقال في النهر وفيه نظر ؛ وأوجبها ، لأنها معذورة ورجع ابن عابدين عدم وجوب النفقة لأنهما عن حرقها ، فامتنعت ، ويقل ذلك عن صاحب البحر ويقول « عن البحر أن له منها من الغزل ، وعن كل عمل ، ولو قابلة . . . وأنت خير بأنه إذا كان منها من ذلك » فإن عصته وخرجت بلا إذنه ، كانت ناشزة ، وإن لم يمنحها لم تنكح ناشزة . وبلاحظ أن رضاه باحتراقها وقتاً مالا يمنعه عدم رضاه في غيره .

"نفقة" هو الاحتباس الذي يمنعها من كسب المال بنفسها ، والمحترقات لا يتحقق منهن ذلك ، وإن رضى الزوج بذلك الاحتباس الناقص فهو مأخوذ برصاه في مدة الرضا .

(هـ) المسافرة للحج إذا حجّت من غير مصاحبة ذى رحم محرم منها ، ومن غير مصاحبة زوجها ، فإنه لا نفقة لها ، لا واحداً . "لأنها تكون عاصية إذ ليس للمرأة أن تسافر من غير مصاحبة ذى رحم محرم أو زوج ولا يبرر السفر كونه لأداء فريضة الحج ، لأنه لا فرض إلا حيث الاستصاعة ولا استصاعة لها إلا إذا وجد ذو رحم محرم يصاحبها أو زوج .

وإن سافرت للحج مع زوجها فلها النفقة اتفاقاً ، لوجود الاحتباس ولكن النفقة الواجبة هي نفقة الحاضر بـ نفقة السفر ، إذ السفر لمنفعتها ، وعلى الزوج ما هو نظير الاحتباس . وهو نفقة الإقامة .

وإن سافرت للحج من غير مصاحبة للزوج ، ولكنها مع ذى رحم محرم منها وكان ذلك قبل زفافها فلا نفقة لها قولاً واحداً أيضاً ، لفوات الاحتباس وعدم إمكانه والاستعداد له ، أما إذا كان ذلك بعد أن زفت إليه فقد اختلف في ذلك محمد مع أبي يوسف ، فمحمد يرى أنه لا نفقة لها ، لفوات الاحتباس وأبو يوسف يرى وجوب النفقة ، لأن الاحتباس قد فات بعد أن سلبت نفسها ، وهو بعد شرعى ، وهو أداء الفريضة ، ولا عصيان في سفرها : لأنها سافرت مع ذى رحم محرم منها ، والواجب هو نفقة الحاضر ، لا نفقة السفر كما قررنا .

وظاهر عبارات الكتب أن ذلك الخلاف إنما هو سفرها لفريضة الحج . أما إذا كان السفر لغير فريضة بأن أدت الفريضة من قبل ، فلا نفقة لها بالاتفاق لأنها ليست معذورة في السفر .

٢٤٦ - تقدير النفقة ، وجوب النفقة قسماً ، وجوب تمكين ، ووجوب

تمليك ، وجوب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة ، فيقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه ، والنكسوة التي تليق به ويعد المسكن الذي تسكنه والاصل في الوجوب هو هذا التمكين ، فإن لم يكن ، انتقل الوجوب إلى التمليك ، وهو أن يقدم مقداراً من المال ، يكفي لطعامها وكسوتها وسكنها ، ويعنى ذلك المقدار كل شهر أو كل أسبوع على حسب اتفاقهما ، أو على حسب عرف الذي يسير عليه حكم القضاء بها ، ويقدر النفقة في هذه الحال على حسب الأحوال غلاء ورخصاً ، وتختلف باختلاف الأماكن والأقاليم ، وإذا قدر مقدار بفرض القضاء أو بتراضيهما ، ثم حالت الأحوال ، فبين أنه قس من كفايتها فلها طلب الزيادة كما أن له أن يطلب نقص المفروض ، إذا تغيرت الأحوال عن وقت الفرض ، وصار أكثر من الواجب عليه .

٢٤٧ - أساس التقدير : ولكن ألاحظ عند التقدير حال الزوج أم حالها ؟ في مذهب أبي حنيفة رأيان مصححان (أحدهما) وهو رأى كثيرين من الفقهاء أنه يعتبر حالهما ؛ ومقتضى هذا الرأى أنهما إن اتفقا في اليسار كان الواجب نفقة اليسار ، وإن اتفقا في الإعسار كان الواجب نفقة الإعسار ، وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً كانت النفقة الواجبة بين اليسار والإعسار ، ولكن إن كان المعسر هو الزوج يقدم ما يستطيعه والباقي يكون ديناً عليه تستدينه عليه ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة ، ونظرة إلى ميسرة (١) .

وحجة هذا الرأى قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبي سفيان

(١) هذا الرأى هو رأى الخفاف ، وقال فيه صاحب الهداية أنه الفقه ، وعليه المتون وأصحاب الفتاوى ، والرأى الثانى هو رأى الكرخى ، وهو ظاهر الرواية ، وبه قال جمع من المشايخ ، ونس عليه محمد ، وهناك رأى ثالث ضعيف ، وهو أنه يعتبر حالها وقد نقله صاحب الخاتمة وقال إنه ضعيف .

ما يكفيك وولدك بالمعروف وليس من المعروف أن تجب لها نفقة الإعسار وهي موسرة ، كما أن العكس ليس من المعروف ، ولكن لعجز الزوج في حال إعساره لا يقدم عاجلاً إلا ما يستطيعه ، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها .

(وثانيهما) وهو رأى فريق من الفقهاء أن النفقة تقدر على حسب حاله يساراً وإعساراً ، لقوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، ثم إن حسن العشرة يوجب على الزوج أن يرفع خشيته زوجته إن كانت فقيرة ، ويوجب على الزوجة ألا ترهق زوجها من أمره عسراً ، فلا تطالبه إلا بما يقدر .

وقد كان العمل بمصر على الرأى الأول ، لأنه الراجح عند المتأخرين ، ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أوجب العمل بالرأى الثانى ، فقد جاء فى المادة السادسة عشرة : تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية : بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم : لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه الله سيجعل الله بعد عسر يسراً ، أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم ، وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى ، والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها ، ولذا وضعت المادة (١٦) .

٢٤٨ - وتقدر النفقة كل يوم ، أو كل شهر ، أو كل سنة حسب

(٢٠) معاضرات فى الزواج)

أحوال الزوج والأيسر له أداء ، فإذا كان من أصحاب المرتبات فرضت عليه كل شهر ، وعلى العمال كل يوم أو كل أسبوع ، وعلى الزراع في أوقات الحصاد ، وهكذا ، إلا إذا شكت الزوجة المطل إذا طالت المدة ، فإنه يفرض لها في مدة لا تتخشى فيها مطلا .

والجاري عليه العمل الآن في المحاكم المصرية أنه يفرض النفقة كل شهر ، ليسر الشهر على أكثر الناس ، ولأن المدة فيه لا تطول ، بحيث تخشى الزوجة المطل ، ويفرض القاضى النفقة كلها ، مقدرة بمقدار كل شهر ، تكون بدل طعامها وكسوتها وأجرة مسكنها ، إن لم يكن قد أعد لها مسكناً ، وإن كان قد أعد لها مسكناً دعاها إلى الطاعة فيه — فرض لها القاضى بدل الطعام والكسوة كل شهر ، ويجعل بدل الكسوة هو ما قدره للطعام شهرياً أو أكثر منه ، أو أقل ، على أن يدفع كل ستة أشهر .

وقد تقدر نفقة الطعام أصنافاً بأن تعطى من القمح كذا ، كذا ، ولكن لا يعمل بهذا في مصر .

٢٤٩ — وإذا أعد الرجل المسكن الشرعى لا يفرض القاضى لها أجرة مسكن ، كما ذكرنا ، والمسكن الشرعى يجب أن يكون خالياً من الضرة ، لأن وجود الضرة في ذاته إيذاء لها ، كما جرت بذلك العادة ، ودل الاستقراء . وكذلك يجب أن يكون خالياً من أهله إذا تضررت من وجودهم (١) ويكون المسكن على حسب ما يليق بالرجل ، فإن كان مثله لا يسكن إلا في قصر ، فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها ، وإن كان مثله لا يسكن إلا في جناح من منزل لا يسكنها إلا فيه ، وإن كان مثله يسكن في حجرة

(١) جاء في الهداية ما نصه : « إذا وجب المسكن حقاً لها . فليس له أن يصرك غيرها فيه ، لأنها تتضرر به ، فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمتنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، إلا أن تختار ذلك ، لأنها رضىت بانتقاص حقها ، وهذا يدل على أن لها ألا تسكن مع أهله إذا تضررت ، ولا تسأل دليلاً عن الضرر أو مقداره .

يكون المسكن الشرعى لها حجرة لها غلق تأمن فيه على متاعها ، ويكون له مرافق شرعية .

وإذا كان المسكن المستقل الذى يليق بحال الزوج بجواره مسكن فيه ضررتها أو أحد أقاربه أيعد مسكناً شرعياً ؟ الظاهر من عبارات الفقهاء والمتون والمفتين أنه يعتبر مسكناً شرعياً مادام هو الذى يليق بحاله ، لأنها قد أمنت على متاعها ، ولا شريك لها فى مسكنها ، إلا إذا آذوها بجوارهم ، فيكون الامتناع لا لئقصان المسكن وعدم كفايته ، بل لأنها بين جيران غير صالحين ، ومن المقرر أن المسكن إذا كان بين جيران غير صالحين يكون على الزوج أن ينقلها إلى غيره ، ، أيأ كان هؤلاء الجيران .

وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة فى منزل ، وذلك مسكن من هو فى مثل حاله ، وفى الشقة الأخرى ضررتها أو بعض أهله يعتبر المسكن شرعياً ، لأن الشقة مستوفية كل المرافق الشرعية ، فتعبر كأنها منزل قائم بذاته ، وعبرة المتون تجعل الغرفة التى لها غلق مسكناً شرعياً ، ولو كان بجوارها غرفة ضررتها أو حمايتها . فأولى أن تكون الشقة كذلك ، إلا إذا آذوها بالقول أو الفعل إيذاء بيننا قام الدليل عليه (١) .

(١) جاء فى الفتح . « لو كانت فى الدار بيوت ، وأبت أن تسكن مع ضررتها ، أو مع أحد من أهله ، لأن أخلها بيتا ، وجعل له مرافق وغلقا على حدة فليس لها أن تطلب بيتا آخر . وذكر ابن عابدين فى المسألة أربعة أقوال .

(أولها) أن البيت الذى له غلق يكنى (وثانيها) أنه لا يكون شرعياً إذا كانت معها الضررة فى الدار ، وإذا كان أحد أقاربه يكنى (وثالثها) أنه لا يكنى مطلقا (ورابعها) أنه لا يكنى إذا كانت من المومسات ، ثم قال « الحاصل أن المصهور المتبادر من إطلاق المتون أنه يكتفى بها بيت له غلق من دار ، سواء أكان فى الدار ضررتها ، أو أحماؤها » .

هذا ويلاحظ أن الخلاف المذكور هو فى البيت من دار أى الحجرة من دار ، أما الشقة فهى منزل أو كالمنزل القائم بذاته فلا يجرى فيها خلاف ، كما يلاحظ أن الراجح فى البيت أنه يكنى مسكناً شرعياً إذا كان له غلق ، وهو سكن مثله .

٣٥٠ - وإذا كان الزوج موسراً . وزوجته ممن يخدمون تجب عليه
أجرة خادم لها ، وهذا باتفاق الفقهاء لأنه يكون من نفقتها ، إذ الخادم لازم
لها في هذه الحال ، وهو قادر على أجرته .

ولا تفرض أجرة خادمين عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن خادماً واحداً
يسد الحاجة والخادمان ترفه غير واجب . وقال أبو يوسف وكثير من
الفقهاء تجب أجرة خادمين إذا كان الزوج قادراً . وكان مثلها يخدم
بخدمين ، ولا تفرض أجرة لأكثر من خادمين في رواية أبي يوسف ،
وفي رواية أخرى عنه وهو رأى بعض الفقهاء أن المرأة إذا كان مثلها يخدم
بأكثر من خادمين وهو قادر على أجرتهم يكون عليه ذلك ، وهذا الرأي
أقرب إلى روح عصرنا ، وهو المتفق مع عرف الطبقات ذوات اليسار ،
بل عرف المتوسطين أحياناً (١) .

وإذا كان الزوج معسراً لا تجب نفقة خادم أصلاً ، لأن الواجب في هذه
الحال نفقة الضرورة ، والخادم ليس ضرورياً .

٣٥١ - قضايا النفقة : ذكرنا أن الأصل في وجوب النفقة هو وجوب
التسكين ولا يصح الانتقال إلى وجوب التمليك ، إلا إذا تبين أن الزوج
لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة ، ولذلك قرر الفقهاء أن الزوجة إذا
شكت إلى القاضي أن زوجها لا ينفق عليها ، وطلبت فرض نفقة لها ، أنه
لا بد من أن يثبت لديه أنه لا ينفق عليها ، ولا يمكنها من النفقة فإن ثبت
أنه يمكنها من النفقة أو يعطيها كل ما تحتاج إليه يرفض دعواها ، لأن الأصل
هو التسكين ، وإن ثبت لديه أنه ممتنع عن الإنفاق ، ولا تتمكن من تناول
ما تحتاج إليه تحرى القاضي حاله أهو موسر فتجب نفقة اليسار على مقدار

(١) قال محمد إن كان معسراً وكان لها خادم مملوك كانت عليه نفقته ، لأنه لما كان
لها خادم ، كان لا بد أن ينفق بنفسها ، وأن نفقة الكفاية لها تقتضي سد حاجة ذلك المملوك .

يساره ، أم معسر فتجب نفقة الإعسار ، ومن التحرى ما يسمى في الفقه الحنفى بشهادة الاستكشاف ، وهى البيئات التى يتجرى بها القاضى معرفة أمر من الأمور ، وقد نصت لائحة الإجراءات على أن بينات النفقات من شهادة الاستكشاف ، وتسمع من غير يمين ، مع أن اليمين مطلوبة فى شهادات الإثبات بمقتضى اللائحة ، وهذا نص المادة ١٧٩

« تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها ، وأجرة الحضنة ، والرضاع ، والمسكن ، والشروط التى يتوقف عليها القضاء بما ذكره . »
ولقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٧٣ : « ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين ، بل يكفى مجرد الأخبار بمن يوثق به . »

٢٥٢ - وإذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً ، ولا كسب له لا يمنع ذلك من أن يفرض القاضى عليه نفقة الإعسار ، ولا يفرق القاضى بينهما (١) فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه وبعض الفقهاء ، ومذهب الأئمة الثلاثة يفرق بينهما ، وسنبين تفصيل ذلك عند الكلام فى التفريق الذى يملكه القاضى ، فإن ذلك هو المعمول به بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

وإذا فرض القاضى النفقة على المعسر ، ولم يستطع الأداء تكون النفقة ديناً فى ذمته ، لأن كل واحد مخاطب بما يستطيع ، فإن الله سبحانه وتعالى يقول : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » وليس فى وسعه الأداء فتكون ديناً فى الذمة ، ونظرة إلى ميسرة ، ثم لها أن تطلب من القاضى الأمر

(١) زوجة المعسر الذى لا يملك شيئاً ، ولا يستطيع اتفاق نفيه ولا كسب له ، فى حكمها ثلاثة آراء فى الفقه الإسلامى ، أولها رأى الظاهرية وهو رأى عمر رضى الله عنه أنها تسقط ، بل تلزمها نفقته إن كان عاجزاً عند الظاهرية ، والثانى رأى الأئمة الثلاثة أنها لا تسقط ، ويجوز لها طلب التفريق ، والثالث ، وهو أوسطها ، رأى الحنفية أنها لا تسقط ولا يجوز لها طلب التفريق للإعسار بل تستدين ممن تجب عليه نفقتها ولو لم تكن زوجة ، ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أبسر .

بالاستدانة ، أو تستدين هي من تلقاء نفسها ، ولكن أمر القاضى بالاستدانة فيه فائدة ، لأن الاستدانة بأمر القاضى يجعل استداقتها بالنيابة عن الزوج حكماً ، فيكون الزوج هو المستدين حكماً .

وإذا لم يكن معها ما تنفق منه ، ولم تجد ما تستدين منه ، كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج أن ينفق عليها ، ويكون ما ينفقه ديناً على الزوج ، فإذا كان لها أب موسر أنفق عليها . وكان ما ينفقه ديناً على زوجها يأخذه منه عندما يجعل الله له من أمره يسراً ، وإذا امتنع أبوها أو من تجب عليه نفقتها ، إن لم تكن متزوجة أمره القاضى ، فإن امتنع بعد ذلك مع قدرته على الإنفاق حبسه حتى يؤدي ،

٢٥٣ — وإذا امتنع الزوج عن أداء نفقة زوجته بعد فرضها ، وكان ذلك الامتناع عن قدرة ، لاعتن عجز أو لم يتيقن حاله كان لها أن تطلب من القاضى حبسه ، حتى ينفق ، أو يتبين القاضى عجزه ، أو يثبت لدى القاضى أن له مالا ظاهراً يستطيع القاضى تنفيذ حكم النفقة فيه ، وأخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبراً عنه ويحصل ذلك فعلاً .

وذلك لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المدين يحبس حتى يؤدي ماعليه ، إن كان امتناعه عن مقدرة ، أو يتبين عسره ، إن كان غير ظاهر العسرة ، ولقد بقي ذلك نافذاً في ديون النفقة في مصر ، دون سائر الديون . ولا يحبس القاضى إذا كان ظاهر العسر ، أو ظاهر العجز عن أداء ما تطلب أدائه أو حبسه لأجله ، لأن الحبس لعظم الامتناع مع القدرة ، وقد ظهر عذره فلا يحبس .

وخلاصة القول في هذا أن القاضى لا يأمر بالحبس إلا بشرطين : أحدهما : أن تقدر النفقة ، وتمضى مدة لا ينفق فيها حتى يتكون دين . ثانيهما : أن يثبت أن الزوج قادر على إعطائها تلك النفقة ، أو تكون

هناك مظنة القدرة على ذلك ، كما يفهم من المبسوط للسرخسي ، وغيره .
وليس للحبس مدة مقررة ثابتة ، لأن الحبس لحمله على الأداء وإكراهه
عليه ، وذلك يختلف باختلاف الناس ، وتقدير المدة يرجع إلى القاضي على
حسب ما هو مقرر في الفقه الحنفي (١) .

والقضاة في مصر لا يحبسون أكثر من شهر في دين النفقة ، وذلك كنص
لائحة إجراءات المحاكم الشرعية في المادة ٢٤٧ ، وهذا نصها :

« إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في
أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي
أصدرت الحكم أو التي بدائلتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم
عليه قادر على القيام بما حكم به ، ولم يؤد حكمة بحسبه ، ولا يجوز أن
تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ،
أو أحضر كفيلًا ، فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق
الاعتيادية .

وزي من هذا أن الحبس ينتهي بأحد أمور ثلاثة :

(١) إما بانهاء المدة .

(٢) وإما بأداء المطلوب أدائه الذي ثبت قدرته في أدائه .

(٣) وإما بإحضار كفيل .

والحبس لا يمنع من بيع ماله الظاهر جبراً عنه ، وأخذ بدل النفقة منه
وعند تمام ذلك لا بد أن يفرج عنه ، لأنه قد سقط الدين بأدائه ، فلم يكن
ثمة حاجة إلى الحبس ، بل لقد زال سببه ، فيزول .

(١) روى عن أبي حنيفة أن أقصى مدة الحبس شهر ، وروى عنه أن أقصاها ستة
أشهر ، وقد اعتبر القانون أقصاها شهراً .

٢٥٤ - القضاء على الغائب في النفقة : إذا كان الزوج غائباً ، وكان له مال ظاهر حكم لها القاضى بالنفقة ، ونفذ الحكم في ماله الظاهر ، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر حكم عليه أيضاً بالنفقة واستدانت عليه . وفي الجملة أن الغائب كالحاضر بالنسبة لأحكام النفقة ، وذلك هو مآقرره الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، وهو المعمول به الآن في مصر ، وقد جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، فإنه قد جاء في المادة الخامسة منه ما يتضمن أنه يعامل معاملة الحاضر ، بالنسبة لتنفيذ النفقة في ماله ، وبالنسبة للتفريق ، بيد أنه يعذر إليه ، إذا كان غائباً غيبة قريبة .

٢٥٥ - وهذا الذى قررناه لم يكن هو المعمول به قبل سنة ١٩٢٠ ، بل كان المعمول به هو فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، ولنبين ذلك بعض التبيين .

إنه من المقرر فى المذهب الحنفى أن فرض النفقة من القضاء حكم عند النزاع ، والحكم لابد له من دعوى ، والدعوى فى المذهب الحنفى لا تكون إلا فى مواجهة مدعى عليه حاضر ، ولا يقضى على غائب إلا إذا كان فى ضمن القضاء على الحاضر .

ولذا قرر الفقهاء فى المذهب الحنفى أنه يصح للقاضى تقدير نفقة على الغائب إذا كان التقدير ليس فى موضع نزاع يحتاج إلى إثبات بالبينة أو توكيله اليقين ، فإذا كان الزوج الغائب قد ترك لزوجته مالا من جنس النفقة . وكان للقاضى علم بالزوجية ، وطلبت الزوجة فرض نفقة فى ذلك المال فرض لها ، لأن ذلك ليس قضاء إذ ليس ثمة خصومة ، بل هو إعانة ، ولأن النبى ﷺ قال لامرأة أبى سفيان فى مثل هذه الصورة « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك » . ومثل هذه الصورة ما إذا كان المال الذى هو من جنس النفقة تحت يد

مودع أو كان ديناً على شخص ، وكان كلاهما يقر بالزوجية والدين ، أو كانا ينكران الزوجية . والقاضى يعلم بها ، ففي هذه الحال يفرض لها القاضى نفقة لأن ذلك الفرض ليس إلا إعانة ، وكذلك إذا كانا ينكران المال ، ويعلم القاضى به فإنه يلزمهما بالأداء منه ، وإن حضر الغائب فللمنكر أن ينازعه في ثبوت المال عليه أو عدم ثبوته .

وفي حال تقدير القاضى وأمره من عنده المال بالأداء يأخذ من المرأة كفيلاً ويحلفها يميناً تسمى يمين الاستيثاق ، فيحلفها بأنها لم تطلق واتفقت عدتها ، وليست ناشزة ، ولم يقدم لها زوجها نفقة معجلة عن مدة غيبته ، وتقديم كتميل واجب ، كما قال السرخسى ، وقال بعض الفقهاء إنه حسن للاحتياط ، والأول هو الأولى بالأخذ ، لكن يرجع عليها أو عليه ، إن تبين أنها أخذت بغير حق .

وإن كان من عنده المال غير مقر بالزوجية أو بالمال ، أو بهما ، ولا علم للقاضى فقد اختلف أبو حنيفة والصاحبان مع زفر . فقد قال زفر يسمع القاضى من الزوجة إثبات ما أنكره من عنده المال ، فإن كان منكراً للزوجية أثبتتها ، وإن كان منكراً للمال أثبتته ، ويقضى القاضى بالنفقة ، ولا يتضمن حكمه قضاء بالزوجية ؛ لأن في ذلك نظراً لمصلحتها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ، فإن نكل فقد صدقت ، ولها أن تقيم البينة من جديد لإثبات الزواج ، ولما ثبت الغرض دون الزواج في أثناء الغيبة ؛ لأن البينة إنما تسمع لإثبات حق الزوجة في الفرض ، لا لإثبات النكاح على الغائب .

وقال أبو حنيفة والصاحبان لا تسمع بينة ، ولا يقضى بشيء ؛ لأن ذلك قضاء على الغائب بالزوجية ، إن كانت موضع الإنكار ، وقضاء له بالمال إن كان موضع الإنكار ، ولا يقضى للغائب ولا عليه .

وعند القضاء لها على مذهب زفر يؤخذ منها كفيل .

وعلى هذا الخلاف إذا لم يخلف مالا قط ، فقد خالف زفر ، فالثلاثة قالوا لا يفرض لها النفقة ؛ لأن ذلك قضاء على الغائب ، وزفر قال يفرض لها إن أقامت بينة على الزواج ، ويقضى لها بالنفقة دون الزواج ، وتنفق من مالها أو تستدين ويكون ما تنفقه ديناً على الغائب إلا أن يثبت أنه أداها ما كان واجباً عليه ، أو أنه ليس عليه نفقة قط ، لسقوطها بسبب من الأسباب ، ويعيد القاضى نظر الموضوع من جديد ، وإثباتها من جديد إن خالفته .

وأساس كلام زفر كما علمت يقوم على أن البينة يجوز للقاضى أن يحكم ببعض مقتضياتها دون بعض ، كبنية السرقة إن أثبتت أخذ المال وكان ثمة شبهة ، فإنها توجب المال ، ولا تثبت الحد .

وإن كان الغائب قد ترك مالا من غير جنس النفقة ، فلم يكن من النقود ، ولا أصناف الطعام ، فقد اتفق الأئمة في المذهب الحنفى على أنه لا يباع فى سبيل النفقة ، لأن مال المدين إنما يباع إذا امتنع عن الأداء ، ولم يثبت الوجوب على الغائب ، كما لم يثبت امتناعه .

هذا وقد كان المعمول قبل قانون سنة ١٩٢٠ هو مذهب زفر ، فقد كان هو المقتضى به فى مذهب أبى حنيفة .

٢٥٦ — دين النفقة : النفقة واجبة بلا خلاف بين الفقهاء ، إنما الخلاف

بينهم فى وقت اعتبارها ديناً فى الذمة ، وفى قوة ذلك الدين ، فالأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، قالوا إنها تصير ديناً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها وإذا صارت ديناً تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، كسائر الديون .

وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب ، وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضى ، أو تراضى على تقديرها الزوجان ،

ولذلك ليس للمرأة في المذهب الحنفي أن تطالب بنفقة عن مدد سابقة على الدعوى إلا عن الشهر الذي حصلت فيه الدعوى .

وإذا صارت ديناً لا يكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، بل تكون عند الحنفية ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء ، والطلاق ، والنشوز العارض ، والموت على خلاف في بعض ذلك ، ولا نصير ديناً قوياً إلا إذا أمرها القاضي أو الزوج بالاستدانة واستدانتها بالفعل .

وأساس الاختلاف بين الحنفية والأئمة الثلاثة هو الاختلاف في الوضع الفقهي لوجوب النفقة ، فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ، ولا وجه للتبرع فيها ، والحنفية يرونها جزاء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة ، فهي جزاء فيه نوع من الصلة ، أو هي صلة وجزاء معاً ^(١) .

ودليل الأئمة الثلاثة في اعتبار النفقة واجبة عوضاً لا تبرعاً أو صلة .

(أولاً) أمر الشارع الحكيم بها أمر إلزام ، فقد قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وقال تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . (وثانيها) أنها لو كانت صلة أو شبه صلة ما أجبر عليها وألزم بها .

(وثالثاً) أنها وجبت بمقتضى العقد الصحيح في مقابل قيامها على البيت ومصالحه ، فهي عوض كالأجرة أو جزاء الشارع على سبيل المقابلة .

وإذا كانت عوضاً ، فإنها تكون ديناً كسائر الديون من وقت استحقاقها

ككل أجرة وعوض .

(١) حقق كمال الدين بن الهمام مذهب الحنفية : فقال « ليست بعوض من كل وجه » بل هي عوض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس ، فمن حيث إنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع ، وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض ، ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر ، وتمصينه من المفسد ، وحفظ النسب ، وتحصيل الولد ، ليقيم التكاليف الشرعية هي صلة ، فلا اعتبار أنها عوض قلنا ثبت إذا قضى بها ، أو اصطلاحاً عليها ؛ لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ، ولا اعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مدت المدة من غير قضاء ، وعملاً بالدليلين بقدر الإمكان وذكر في الغاية معزواً إلى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لا تسقط ، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه .

ودليل الحنفية أن الله سبحانه وتعالى سماها رزقا ، والرزق اسم للصلة ، كرزق القاضى والعامل فى بيت المال لا يملك إلا بالقبض ، وإن الاحتباس والقيام على البيت ورعاية الأولاد لا تعود مصلحتها على الزوج وحده ، بل تعود عليهما معاً واعتبارها عوضاً خالصاً يوجب أن تكون منافع هذه الأمور للزوج وحده ، وليس كذلك ، بل إن وجوب النفقة على الزوج إنما هو من قبيل تقسيم الواجبات بينهم ، ولا معارضة إلا أن تكون من قبيل مقابلة الحقوق بعضها ببعض ، ولا وجه لقياس النفقة فى النكاح على الأجرة ، لأن هناك فرقاً بين النكاح والإجارة ، ولأن الأجرة فى الإجارة معلومة القدر ، فتثبت ديناً من وقت وجوبها ، أما النفقة فإنما تجب على قدر الكفاية ، وليست معلومة قبل الغرض والتقدير علماً كافياً لاعتبارها ديناً ، وإنما عليها بعد الاتفاق عليها ، أو فرض القضاء لها ، فتكون ديناً بعد ذلك .

٢٥٧ - ويلاحظ أن العمل فى مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب الأئمة الثلاثة من حيث كون النفقة تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء^(١) كما قرر أنها تكون ديناً من وقت الامتناع مع استحقاقها ، وقد اشتملت على هذه الأحكام - المادتان الأولى والثانية من هذا القانون ، وهذا نصهما .

المادة الأولى - تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ، ولو حكما

(١) يلاحظ أن الإبراء الذى يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية ، لا النفقة المستقبلية ، لأن الإبراء إسقاط للدين واجب الوفاء ، والنفقة المستقبلية لم تجب ، فلا تكون ديناً ، فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبرأتها عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطاً للشيء قبل وجود سببه ، لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ، ولم يوجد الاحتباس الذى أوجب النفقة المستقبلية ، إذ الاحتباس يتجدد آنأ بعد آن ، وكما لا يصح الإبراء عن النفقة المستقبلية لا يصح هبتها ، لأن هبة الدين لمن عليه الدين إبراء ، وقد استثنوا من الإبراء عن نفقة مستقبلية الإبراء عن نفقة شهر ، وليس من الإبراء الخلع على إسقاط نفقة المدة ، لأن ذلك تمهد بمد المطالبة بها .

دينياً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منها . ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

المادة الثانية - المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقة ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

ولقد جاء في تعليمات وزارة العدل التي صحبت هذا القانون عند الكلام على هاتين المادتين .

« اشتملت هاتان المادتان على حكمين مخالفين لما كان العمل جارياً عليه قبل صدور هذا القانون ، وهما :

(١) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها ديناً في ذمة الزوج القضاء أو الرضا ، بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه .

(٢) وأن دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويترتب على هذين الحكمين :

(أ) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، ولو كانت أكثر من شهر ، إذا ادعت الزوجة تركها من غير نفقة ، مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طالت أو قصرت ، ومتى أثبت بطريق من الإثبات ، ولو كانت شهادة الاستكشاف . . . حكم لها بما طلبت .

(ب) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ، ولا بالطلاق . فالمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، ما لم يكن عوضاً عن الطلاق .

٢٥٨ - هذا ما أتى به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ خاصة بالنفقة ، وليس لنا عليه نقد فيما يتعلق بقوة دين النفقة . إنما موضع النقد في جعل النفقة ديناً من وقت الامتناع مع الاستحقاق ، فإن ذلك فتح الباب لكثير من النساء ،

يكذب في دعواه عن عدم الإنفاق في آماط طويلة سابقة على الدعوى ، ولقد لاحظ ولأمر ذلك ، فنع سماع الدعوى عن مدة سابقة على الطلب لأكثر من ثلاث سنوات منعاً لكذب النساء اللاتى اتخذن ماجاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ سيلا لكذب والادعاء الباطل كيداً وإعناتاً ، فقد جاء فى المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية مانعه :

« ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية خاعاً بذلك : أما النفقة عن المدة الماضية فقد رأت أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى .. ولما كان فى إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترهق الشخص الملزم بها رأت من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولاً فاولاً . بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين ، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة ؛ إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضى ثلاث السنين » .

ولانزال مدة ثلاث السنين طويلة ترهق الزوج ، وتوسع لكذب الكاذبات وعندى أن الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبى حنيفة فى هذا ، فإن النساء فى مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط إلى المحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الإنفاق ، وهؤلاء يجدن فى ثلاث السنين باباً للكيد والأذى .

٢٥٩ - هذا هو المعمول به الآن فى مصر وسوريا والسودان ، ومن الحق علينا أن نبين فى هذا المقام ما كان معمولاً به من قبل ، بعد أن بينا الأساس الفقهي له ، وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه .

لقد كان المعمول به كما نوهنا أن النفقة لا تكون ديناً قبل التراضى أو القضاء ، وبعد التراضى أو القضاء تكون ديناً ضعيفاً يسقط بالأداء والإبراء ، وبالطلاق ، والموت والنشوز . إلا إذا كان ثمة استدانة بأمر الزوج أو أمر القاضى ، وذلك لأن استدانتها فى هذه الحال تكون بالنيابة عن الزوج ، فيكون الدين فى ذمته ابتداء لغير الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضى ؛ لأن أمر القاضى ، كأمر الزوج ، إذ القاضى قام لرفع المظالم ، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ، ولم يأمر الزوج بها أمر القاضى بالنيابة عنه ، فيكون أمره كأمره .

وإذا لم تستدن النفقة بأمر الزوج أو بأمر القاضى كانت ديناً ضعيفاً عند الحنفية ، فيسقط بالموت والطلاق والنشوز كما يسقط بالأداء والإبراء .

(١) أما الموت : فإنه إذا مات أحد الزوجين . وقد كانت لها نفقة فى ذمة الزوج لم تستدن بها بأمر الزوج أو أمر القاضى فإنها تسقط ، لأن النفقة صلة من وجه ، والصلات كلها تسقط بالموت ، وذكر صاحب البدائع أنه لاختلاف فى المذهب الحنفى ، فى أن النفقة الماضية المتجمدة تسقط بالموت . وكما أن النفقة المتجمدة لها تسقط بالموت ، وكذلك إذا عجل لها نفقة ، ثم مات قبل مضي وقتها ، فليس لورثته أن يرجعوا عليها بالباقي عند الشيخين لأنها صلة قد تمت بالقبض ولزمت بالموت فلا يجوز الرجوع ، وروى عن محمد أن لهم أن يرجعوا بالباقي إن كان قائماً ، ولا يرجعوا إن كان هالكا ، وروى أنه قال : يجوز الرجوع فى شهر ومادونه ، ولا يجوز الرجوع فيما زاد على ذلك ، وهو فى هذه الروايات المختلفة رجح جانب العوض فى القائم دون الهالك أو المدة الطويلة التى زادت عن شهر .

(٢) والطلاق قد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى سقوط المتجمد من النفقة به إذا لم يكن مستداناً بأمر الزوج أو القاضى . فقال بعضهم لا تسقط به

لأنها بقضاء القضاء ضارت ديناً ، وإن لم يكن قوياً من كل الوجه ، وقال بعضهم ، (وهو المختار عند كثير من أصحاب المتون ، والفتاوى) أن المتجمد يسقط الطلاق ، لأن الطلاق كالموت ، ولأن النفقة صلة ، والصلة قد انقطعت . وقد اختار صاحب البحر ، أن الطلاق رجماً أو بائناً لا يسقط النفقة ، لأنها تجب لها النفقة في العدة فأولى ألا يسقط الثابت لها من قبل ، ولأنه لو كان الطلاق يسقط النفقة . لاتخذ الرجل ذريعة لإسقاط ما عليهم من نفقات ، والذي احتاره ابن عابدين أنه إن كان الطلاق لسوء أخلاقها أسقط المتجمد وإلا لم يسقط .

وعندى أن من يراجع كتب المتقدمين من الفقهاء لا يجد ما يدل على أن الطلاق يسقط النفقة الماضية المفروضة ، وأن المتأخرين هم الذين أخذوا بهذا الرأي ، وحاولوا أن يقيسوه على الموت ، مع أن الفارق بين الأمرين عظيم . ويلاحظ أن من أسقط النفقة المفروضة الواجبة بالطلاق قال إن المعجلة ليس له أن يطالب بردها .

(٣) والنشوز يسقط النفقة المفروضة المتجمدة قبله عقاباً لها على نشوزها حتى لا تقدم عليه بعد الفرض ، وقد ذكر في بعض كتب الإمام محمد ، فإذا كان لها نفقة شهر أو أكثر ثابتة في ذمته ثم نشزت سقطت تلك النفقة إلا إذا كانت استدانة بأمر الزوج أو القاضي ، ولو علقت إلى بيته لا يعود ما سقط .

٣٦ — أخذ كفيل بالنفقة : يجوز أخذ كفيل بالنفقة الماضية المتجمدة

المفروضة ، لأنها دين ثابت واجب في الذمة ، أما النفقة المستقبلية فهل يجوز أخذ كفيل بها ؟ إذا كانت قدرت بالقضاء أو الرضا يجوز أخذ كفيل بها ، ولكن أبا حنيفة لا يعتبره كفيل إلا عن شهر فقط ، لأن ما بعد الشهر لم يثبت بعد ، فلا يؤخذ عنه كفيل ، أما الشهر فقد وجب أدائه ، فكان الزوج مطالباً به ، فيكون الكفيل مطالباً أيضاً ، وغير الشهر لم يكن الاصيل

مطالباً فلا يكون الكفيل مطالباً . إذ مطالبتة مبنية على مطالبة الأصيل .
وقال أبو يوسف يكون الكفيل مطالباً عن المدة المذكورة في الكفالة عن
النفقة المستقبلية طالت أو قصرت . وذلك لرفق بالناس ولمعونة الزوجة على
استيفاء حقها في النفقة ، وقد جاء في البحر وابن عابدين أن الفتوى على قول
أبي يوسف ؛ لأنه أكثر تسهيلاً لاستيفاء الحقوق .

ولإذا لم تكن مفروضة فهل يصح أخذ كفيل بها ؟ اختلفت في ذلك .
عبارات الكتب ، ففي الذخيرة ، إنه لا فرق بين المفروضة في جواز أخذ
الكفيل ، على الاختلاف في مدة الكفالة من حيث كونها بشهر فقط . أو
لأى مدة ، وعبرة فتح القدير لم تخطر المفروضة دون غيرها ، وهذا نصها :
وعن أبي يوسف لو كفل لها بنفقتها ما عاشت أو كل شهر ، أو ما بقى النكاح
بينهما صح ، وقال أبو حنيفة على شهر واحد ، ولو كفل لها نفقة سنة جاز ،
وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعيّاً أو بائناً ، والمسألة بحالها كفل بنفقة
عديتها كل شهر ، لأن العدة من أحكام النكاح ، فترى من هذا أن العبارة تعم
حال الفرض والتقدير وحال عدمهما ، وفحوى كلام ابن عابدين يفيد ذلك
أيضاً ، وهذا نص عبارته :

« إن الاستحسان الجواز ، وإن لم تجب في الحال ، وأنه يصير كأنه
كفل لها بما ذاب لها على الزوج ، وبما ثبت لها عليه بعد ، والكفالة بذلك
جائزة في غير النفقة فكذا في النفقة ، ولا يخفى أن علة الاستحسان ثابتة في
مسألة الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة
زوجة الابن . »

ولكن الرملى يرى أن نفقة لغائب يجوز أخذ كفيل بها ، وإن لم تكن مقدرة . أما نفقة الحاضر ، فلا يجوز أخذ كفيل بها ، إلا إذا كانت مقدرة .

والخلاصة من كل هذا الكلام أن النفقة غير المقدرة - بعض الكتب جعلها كالمقدرة في جواز أخذ كفيل ، وبعضها منع جواز أخذ الكفيل في غير المقدرة إذا كان الزوج حاضراً ، وجوز الكفالة بها إن كان غائباً .

٢٦١ - وهل يجوز للقاضى أن يجبر الزوج على تقديم كفيل ؟ إذا كان الزوج حاضراً ولا يغيب ، فلا يجبر على تقديم كفيل ، وإذا قالت إن زوجى يطيل الغيبة ، وطلبت كفيلاً بناء على ذلك ، وثبت لدى القاضى صدق قولها ، قال أبو يوسف يجبره القاضى على تقديم كفيل بشهر ، إذا كان لا يغيب أكثر منه ، وبأكثر إن كان يغيب أكثر منه . وإن كان لا يعلم مقدار غيبته أخذ عليه كفيلاً بشهر واحد فقط ، وهذا كله استحسان للرفق بالناس ، ويسهل على الزوجة استيلاء حق النفقة الثابت لها بمقتضى الزواج .

وقال أبو حنيفة لا يجوز للقاضى أن يجبره على تقديم كفيل بالنفقة لأنها لم تثبت ديناً بعد ، ولا يطالب بها بعد ، ولا يجبر على تقديم كفيل بحق لم تطالب به ولم يعرف أنه ممتنع عن الأداء ، وهذا هو القياس ، ولكن الفتوى على قول أبى يوسف في هذا المقام أيضاً .

٢٦٢ - المقاصة بدين النفقة : إذا كان الزوج له دين على الزوجة فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريق المقاصة بين ما لها وما عليها ؟ إن القواعد المقررة أن الدينين إذا تساويا في القوة ذهبا بالمقاصة إذا طلب أحد الطرفين ، وإذا كان أحد الدينين أقوى من الثانى فإن طلب المقاصة صاحب الدين الأقوى أجريت المقاصة فيهما ، لأنه قد رضى بذهاب دينه القوى فى الدين الضعيف .

وإذا كان صاحب الدين الضعيف هو الذى طلب المقاصة لا تتم إلا برضا الآخر لأنهما لم يتساويا .

والقد قال الحنفية إن دين الزوجة فى غير حال الاستدانة لا يكون ديناً قوياً .

ولذا قرروا أن الزوج إن طلب المقاصة أجيب ، لأن دينه قوى . أما الزوجة إذا طلبت المقاصة فلا تجاب إلا إذا رضى الزوج .
هذا مذهب الحنفية ، والمعمول به الآن فى مصر أن الدينين متساويان ، ولذلك تجرى بينهما المقاصة ، وتجاوز سواء أكان الذى طلب المقاصة هو الزوج أم الزوجة ، وكان العمل من قبل على أن المقاصة لا تكون إجبارية إلا إذا طلبها .

ولا شك أن المقاصة قد يكون فيها أذى للمرأة إذا لم تكن موسرة ، لأن ما تأخذه إنما تنفق منه ، فليس من العدل أن تجرى فيه المقاصة من غير رضاها وإن النفقة لها امتياز خاص ، وهى من ضرورات الحياة .

وإن مذهب أحمد بن حنبل على أن المقاصة تجرى إذا كانت بطلب الزوجة ولا تجرى إلا بطلب الزوج إلا إذا رضيت ، أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها ، أما إذا كانت مسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة ، وهذا رأى معقول . ولذا اقترح العمل به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٦ وهذا نص المادة ١٢٤ منه .

« وإذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجبت إلى طلبها ولو لم يرض ، وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما له عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئاً من نفقتها » .

واكن ذلك الرأى مازال مقبوراً مع هذا المشروع وما عليه العمل لا يمنع جريان المقاصة إن طلب أحدهما ، ولو كانت فى أشد الحاجة إلى النفقة ، وإن ذلك لا يتفق كما قلنا مع العدل ، ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس فى سبيله ، ولا يجوز فى غيره من الديون .

(تم بحمد الله تعالى وعونه)

الفهرس

- ١ — الافتتاحية . امتياز معهد الدراسات العربية في دراسته الفقهية .
- ٢ — دراسة الفقه في المذاهب المعمول بها في هذه البلاد .
- ٣ — الاتجاه إلى توحيد قوانين الأحوال الشخصية .
- ٧ — مقدمة الطبعة الثانية

١٠ — المسألة تاريخية

- ١٠ — القاضي في العصور السابقة كان يجتهدا — الاجتهاد بالرأى وطرقه .
- ١٣ — سيطرة المنهاج المذهبي . ١٤ — سيطرة المذهب الحنفي في الدولة العباسية . سيطرة مذهب مالك بالاندلس . ١٥ — ضعف المذهب الحنفي في عهد الأيوبيين . ١٦ — استرداد سلطانه بالفتح التركي ١٧ — سلطانه في مصر والشام والعراق إلى أول القرن العشرين ١٨ — عيوب في المذهب الحنفي .
- ١٩ — الاتجاه إلى إزالة هذه العيوب . ٢٠ — قانون العائلة في تركيا قبل الانقلاب وبقاؤه في لبنان إلى الآن مع تعديل . ٢١ — إشارة إلى مصادر الأحكام الموضوعية . ٢٢ — ما لم يأخذه التعديل من المذاهب الأربعة .
- ٢٤ — قانون الأسيرة في سوريا . ٢٥ — في مصر . ٢٧ — قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٥٣ — بعض الموضوعات التي تعرض لها .
- ٢٧ — إصلاح قانون الأسيرة — قانون سنة ١٩٢٠ وبعض ما اشتمل عليه .
- ٣٠ — اقتراحات اللجنة التي ألفت سنة ١٩٢٦ وموضوعاتها .

- ٣١ — قانون سنة ١٩٢٩ ، والموازنة بينه وبين اقتراحات لجنة سنة ١٩٢٦ .
٣٢ — إصلاح نظام الاسرة في السودان — مرونة التعديل بعد سنة ١٩٠٢
٣٣ — المعمول به مذهب أبي حنيفة ومنشورات قاضى القضاة .
٣٤ — مايفترق فيه نظام الاسرة في السودان عن مصر .
٣٥ — ما لم يأخذ به السودان من قوانين مصر . ٣٧ — نظام الاسرة في العراق . ٣٨ — تعدد المذاهب التى يقضى بها لتعدد الطوائف .
٣٩ — إجازة القضاء بالمذهب الذى يتفق عليه الزوجان .
٤٠ — ما فى ذلك من نفع أو ضرر . ٤١ — المصلحون ينادون بوضع قانون ، وتأليف لجنة لذلك - اتجاهاها إلى بعض التشريعات المصرية .

٤٣ — الزواج

- ٤٣ — تعريفه — مناقشة التعريفات الفقهية . ٤٤ — حكمته .
٤٦ — الزواج هو الطريقة لتكثير نسل قوى فى جسمه تربية عواطف الائتلاف دراسة تجريبية فى هذا . ٤٧ — حث الإسلام على الزواج .
٤٨ — الوصف التكليفي للزواج . ٤٩ — متى يكون فرضا ومتى يكون منهيأ عنه . ٥٠ — متى يكون سنة اتفاق الفقهاء على ما فرره الحنفية فى غير حال الاعتدال . ٥١ — اختلاف الزيدية فى حكم الزواج إذا كان الشخص فى حال اعتدال . ٥٢ — قول الظاهرية والشافعية فى هذا .

٥٥ — الخطبة

- ٥٥ — تعريف الخطبة وحكمها شرعا . ٥٦ — شأنها جوازها — من يجوز خطبتها والاختلاف فى ذلك . ٥٧ — خطبة ممتدة والاختلاف فى بعض أحوالها . ٥٨ — الخطبة على خطبة الغير وأحواله .

- ٥٩ - الحكم إذا خطب على خطبة آخر ، وقول أهل الظاهر بفساد الزواج .
- ٦١ - إجراءات الخطبة ليس في مصر ولا اليمن ولا السعودية ولا العراق ولا السودان إجراءات خاصة بالخطبة - الخطبة لها إجراءات في سوريا ولبنان ، إجراءات الخطبة في لبنان - التعريف بشخصية العاقدين والتحري عنها .
- ٦٢ - الإعلان عنهما بعد ورود أوراق التعريف . وإجراءات الإعلان .
- ٦٣ - إصدار المحكمة الإذن بتوثيق العقد بعد استيفاء الإجراءات - هذه الإجراءات متبعة في سوريا - لأنها مأخوذة من قانون الأسرة التركي .
- ٦٤ - العدول عن الخطبة قبل تمام العقد . ٦٥ - حكم الهدايا .
- ٦٦ - بيان اختلاف الفقهاء . ٦٧ - الضرر الناجم عن العدول، وعنه التعويض ،
- ٦٨ - الشريعة لا تلتفت إل الضرر الأدبي الناتج عن مخالفة أحكام الشريعة -
- اختلاف المحاكم في التعويض . ٦٩ - خطأ بعض المحاكم وأوجه خطئه .
- ٧١ - الخطبة وعد غير مازم ، وليست بملزمة باتفاق الفقه الغربي والإسلامي
- ٧٣ - العدول في ذاته لا يلزم بالتعويض . ٧٤ - التعويض يكون لازماً إذا كان الضرر المادي نتيجة تغير لا اغترار . ٧٥ - حكم محكمة النقض المصرية بذلك . ٧٦ - خلاصة ما انتهى إليه القضاء بالنسبة للتعويض عن الضرر في العدول .

٧٧ - إنشاء عقد الزواج

- ٧٧ - انعقاده وشروطه . ٧٨ - ألفاظ العقد وأقسامها ، واختلاف الفقهاء فيها . ٨٠ - عقد من لا يستطيع الكلام - العقد بالكتابة .
- ٨١ - صيغة العقد ٨٢ - تأييد عقد الزواج . ٨٣ - حكم المتعة وبطلانها في الإسلام - كلام ابن عباس والإمامية فيها - ورده .
- ٨٥ - المتعة عقد جاهلي فسخه الإسلام - شروط صحته عند الذين يقررونه
- ٨٧ - النكاح المؤقت . ٨٨ - تولى عاقد واحد صيغة العقد من الجانبين

٩١ - شروط الزواج

- ٩١ - شروط صحة الزواج . ٩٢ - العلانية في الزواج عند إنشائه -
الشهود والكلام فيهم وفي شروطهم والاختلاف في هذه الشروط .
٩٦ - عقد الزواج شكلي ٩٧ - محلية المرأة للزواج - لافرق بين باطل
النكاح وفاسده ٩٨ - شروط نفاذ العقد ٩٩ - شروط لزوم العقد .
١٠٠ - صور العقد غير اللازم . ١٠١ - الزواج لا يدخله خيار العيب

١٠٤ - المحرمات

- ١٠٤ - أقسام المحرمات - المحرمات بسبب القرابة ١٠٥ - الاصل
الذي ثبت به تحريم القرابة ١٠٦ - حكمة تحريم القريبات .
١٠٨ - المحرمات بسبب المصاهرة - أقسامهن ١٠٩ - الاصل الذي
ثبت به التحريم .
١١١ - خلاف الزيدية مع الجمهور في اشتراط الدخول بالأم لتحريم
البنات ، وأدلة الفريقين ١١٥ - الحكمة من التحريم بالمصاهرة
١٦ - التحريم بسبب الرضاة - من جانب الرجل وخلاف بعض الشافعية
فيه ، وأدلة الجمهور ١٢١ - مقدار الرضاة المحرمة ١٢٢ - اختلاف
الفقهاء في ذلك ١٢٣ - وقت الرضاة المحرمة ١٢٥ - حكمة التحريم بالرضاة
١٢٦ - المحرمات مؤقتاً - الجمع بين محرمين ١٢٧ - اختلاف الفقهاء في
الجمع بين المحارم غير الاختين - كلام الخوارج والإمامية ١٢٨ - المحرمية إذا
كان سببها الرضاة ، والاختلاف في تحريم الجمع فيها ١٢٩ - زواج امرأة إذا
كان في عصمتها ذات رحم محرم لها ١٣٠ - المطلقة ثلاثاً ١٣١ - زواج
خامسة وفي عصمتها أربع - اختلاف الفقهاء في قواه تعالى ، مشى وثلاث ورباع ،
ماعليه الجمهور - قول منسوب للشيعة ١٣٢ - قول أهل الظاهر - شروط التعدد
١٣٣ - معنى العدالة المشترطة ١٣٤ - حكمة لإبحة القدر المنصوص عليه

- ١١٦ - فكرة تقييد التعدد بقانون بطلانها ١٣٧ - ضرر التقييد القضائي
أكبر من نفعه ١٣٩ - زواج الأمة بمن في عصمته حرة ١٤٠ - زوجة الغير
ومعتدته ١٤١ - الملاءنة حتى يكذب نفسه ١٤٣ - من لاتدين بدين سماوى
١٤٤ - زواج المسلم بالكتابية ، ومخالفة كثيرين من الشيعة فى ذلك
١٤٥ - الزواج من نساء الصابئة ١٤٧ - إذا أسلمت غير المسلمة وزوجها
لم يسلم يفرق بينهما - وقت التفريق ١٤٨ - مايجب توافره لاعتبار الشخص
قد دخل فى الإسلام ١٥٠ - آراء للإمامية فى المحرمات على التوقيت ، وفيها
غربة بالنسبة لما عند الجمهور ١٥١ - إجراءات لزواج المسلم بالكتابية .

١٥٤ - الولاية فى الزواج

- ١٥٤ - أقسام الولاية فى الزواج ١٥٥ - ولاية الإيجاب ومن تثبت عليه -
بعض الفقهاء يقرر أنه لاتثبت على الصغار ولاية زواج ١٥٧ - العلة فى ثبوت
ولاية الإيجاب واختلاف الفقهاء فيها ١٥٨ - من له ولاية الإيجاب والاختلاف
فى ذلك ١٥٩ - من له ولاية الإيجاب عند الحنفية .
١٦٣ - غياب الولى القريب ١٦٥ - امتناع الولى عن التزويج بغير سبب شرعى
١٦٦ - مراتب ولاية الإيجاب - - المرتبة الأولى ١٦٧ - المرتبة الثانية
١٦٧ المرتبة الثالثة ١٦٩ - خيار البلوغ والإفاقة
١٧٠ - وقت تحقق الفسخ بهما ١٧١ - زواج الصغار والمجانين فى القوانين المصرية
١٧٢ - تحديد سن الزواج ومنع سماع الدعوى - الأدوار التى مر بها التشريع .
١٧٣ - ما اعتمد عليه ١٧٤ - شروط الولى ١٧٥ - ولاية الاختيار -
مخالفة أبى حنيفة لجمهور الفقهاء بالنسبة لتولى البالغة العاقلة زواجها وأدلة الجمهور .
١٧٦ - الإمامية يوافقون أبى حنيفة - تشديد أبى حنيفة فى اشتراط الكفاءة .

١٧٩ - الوكالة في الزواج

- ١٧٩ - أقسامها - حكم الوكالة المطلقة . ١٨٠ - المقيدة ومخالفتها .
١٨١ - عند الإطلاق لا يتقيد بشيء إذا كان الموكل هو الرجل عند أبي حنيفة
ويتقيد عند الصاحبين ، وبالنسبة لوكيل المرأة يتقيد عند أبي حنيفة في الجملة .
١٨٢ - الوكيل في الزواج سفير ومعبّر ، وليس بوكيل في قبض المهر .

١٨٥ - الكفاءة

- ١٨٥ - معناها - أقسامها - الكفاءة في النسب . ١٨٧ - الكفاءة في الحرية
الكفاءة في الإسلام - الكفاءة في المال . ١٨٨ - الكفاءة في النفي .
١٨٩ - الكفاءة في الحرقة . ١٩٠ - اختلاف الفقهاء في الكفاءة - رأى مالك -
١٩١ - الحنابلة - الزيدية حجة الزيدية . ١٩٢ - أدلة المختلفين .
١٩٣ - الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة عند من يشترطها ١٩٤ - وقت
اعتبارها - من له الحق - ١٩٥ - الكفاءة قد تكون حقاً للمرأة - حكم العقد
إذا تخلفت الكفاءة .

١٩٩ - حكم العقد

- ١٩٩ - معنى كلمة حكم - العقد غير الصحيح - ٢٠٠ - الدخول في العقد غير
الصحيح مع شبهة . ٢٠١ - أقسام الشبهة . ٢٠٣ - مراتب الشبهة .
٢٠٥ - حكم العقد الموقوف والدخول فيه إذا حصل قبل الإجازة .
٢٠٧ - حكم العقد الصحيح غير اللازم . ٢٠٧ - صوره .

٢٠٩ - آثار العقد الصحيح

- ٢٠٩ - مقتضى عقد الزواج من عمل الشارع . ٢١٠ - الشروط المقرنة
بالعقد وقوتها ، وأقسامها . ٢١٢ - الخلاف بين أحد والجمهور في الشروط
المقرنة بالعقد - وأدلة الفريقين . ٢١٣ - رأى مالك . ٢١٤ - اقتراح
الآخذ بمذهب أحمد في مصر . ٢١٥ - الآخذ به في سوريا ونقد ذلك .
٢١٦ - ما يصح الآخذ به من رأى أحد .

٢١٨ - حقوق الزوجين

- ٢١٨ - الحقوق المشتركة - الميراث - الصور - التي يثبت فيها الميراث بالزوجية .
- ٢١٩ - اختلاف الفقهاء في ميراث المطلقة في مرض الموت .
- ٢٢٠ - رأى الإمامية - الميراث بالزوجية عند الإمامية - ٢٢١ - حقوق الزوج على زوجته - حق التأديب وطرائقه . ٢٢٢ - القرار في البيت .
- ٢٢٣ - ثبوت النسب - القيام على شئون البيت ٢٢٥ - حقوق الزوجة على زوجها - العدل وتنوعه .

٢٢٨ - المهر

- ٢٢٨ - شرعية المهر . ٢٢٩ - المهر حكم من أحكام العقد وليس ركناً فيه ولا شرطاً لصحته ودليل ذلك . ٢٣٠ - المهر حق المرأة انتهاء .
- ٢٣١ - حق الأولياء ، وحق الشرع في المهر ابتداء . ٢٣٢ - الحد الأدنى للمهر وليس للمهر حد أعلى . ٢٣٣ - تأجيل المهر أو بعضه . ٢٣٤ - المهر الواجب المسمى - ٢٣٥ - التسمية الصحيحة - تسمية المنافع مهرآ - اختلاف الفقهاء في ذلك . ٢٣٧ - اقتران التسمية بمنفعة لأحد الزوجين ، أولها - اختلاف الفقهاء في ذلك . ٢٣٨ - التردد في التسمية - اختلاف الفقهاء في ذلك .
- ٢٣٩ - وجوب الحد الأدنى . ٢٤١ - وجوب مهر المثل . ٢٤٣ - تقدير مهر المثل . ٢٤٤ - تقدير الأقل من المسمى ومهر المثل . ٢٤٥ - الزيادة والنقص من المهر . ٢٤٧ - إسقاط الولي من المهر . ٢٤٨ - ما يؤكد المهر - الدخول الحقيقي . ٢٤٩ - الموت - وأحواله والخلاف في بعض صورته . ٢٥٠ - الخلوة الصحيحة حقيقتها واختلاف الفقهاء بشأنها . ٢٥١ - ما تختلف فيه الخلوة عن الدخول الحقيقي . ٢٥٣ - ما تثبت به الخلوة .
- ٢٥٥ - سقوط نصف المهر . ٢٥٦ - المهر الذي ينصف بالطلاق .
- ٢٥٧ - تنصيف الزيادة والخلاف بشأنها . ٢٥٨ - الحكم إذا حصل إبراء من المهر ، ثم طلاق قبل الدخول والخلوة ، وصور ذلك واختلاف الفقهاء فيه .
- ٢٦٣ - المتعة - تعريفها - متى تجب . ٢٦٤ - طريق تقديرها .

- ٢٦٥ - أحوال المتعة عند الشافعى - الفرقة التى توجب نصف المهر والمتعة .
٢٦٧ - سقوط المهر كله - أحوال ذلك . ٢٧٠ - ملكية المهر متى تبتدىء .
وقبضه . ٢٧١ - قبض البالغة العاقلة . ٢٧٢ - الوكيل بالزواج ليس وكيلًا
بالقبض - إذا امتنع عن تقديم معجل الصداق لها أن تمتنع عن طاعته ، صور ذلك
والاختلاف بين الفقهاء فى بعض هذه الصور . ٢٧٤ - ضمان المهر
٢٧٥ - كفالة المريض مريض الموت - اختلاف الفقهاء فى إثمات الكفالة على من
زوج ابنه الفقير بالولاية والوكالة . ٢٧٦ - رأى الأئمة الثلاثة فى هذا
٢٧٧ - الفسخ لتعذر استيفاء معجل الصداق . ٢٧٧ - قضايا المهر - صورته
٢٧٨ - الاختلاف فى قبض المهر . ٢٧٩ - الاختلاف فى تسمية المهر
٢٨٣ - الاختلاف فى مقدار المسمى . ٢٨٤ - الاختلاف فى وصف المقبوض
٢٨٦ - مهر السر ومهر العلانية .

٢٨٩ - متاع البيت

- ٢٨٩ - على من يكون لإعداد البيت . ٢٩٠ - إذا زيد فى المهر لأجل المتاع ،
وكلام الحنفية فى هذا - المتاع ملك المرأة إذا كان من مالها . ٢٩١ - شراء المتاع
من مال الأب ومتى يدخل فى ملكيتها - شراء المريض لابنته . ٢٩٣ - الاختلاف
فى متاع البيت بينها وبين أبيها ، وبينها وبين زوجها .

٢٩٥ - النفقة

- ٢٩٥ - أسباب وجوب النفقة ٢٩٦ - السبب فى وجوب نفقة الزوجية
٢٩٧ - نفقة الزوجة المريضة ٢٩٨ - نفقة الصغيرة - الممتنعة عن الانتقال
إلى بيت الزوجية لسبب شرعى ٣٠١ - الممتنعة عن السفر مع زوجها
٣٠٢ - من لا نفقة لها - نفقة المحبوسة ٣٠٣ - نفقة المحترقة ٣٠٤ - المسافرة للحج
٣٠٥ - تقدير النفقة أساس التقدير ، والخلاف فى ذلك ٣٠٦ - المسكن الشرعى
٣٠٧ - أجره الخادم ٣٠٧ - قضايا النفقة - شهادة الاستكشاف

- ٣٠٩ - نفقة زوجة المعسر . ٢١١ - الحبس لدين النفقة ومدته
٣١٢ - القضاء على الغائب في نفقة الزوجية - المعمول به في مصر وسوريا ،
والعمه في ذلك ٣١٤ - دين النفقة وقوته ، والخلاف بين الجمهور والحنفية ،
وأدلة كل فريق ٣١٦ - المعمول به في مصر وسوريا ونقدنا له
٣١٧ - سقوط النفقة عند الحنفية بالموت والنشوز والطلاق والكلام في ذلك
٣٢٠ - أخذ كفيل بالنفقة ٣٢٢ - المقاصة في دين النفقة

والحمد لله رب العالمين

خاضعة للمذهب الجعفرى ، الذى ينسب إلى الإمام أبى عبد الله جعفر الصادق ابن محمد الباقر .

والبلاد السودانية والمغربية يعد المذهب المالكي أصلاً فيها .

٣ — ومصر أساس العمل فيها مذهب أبى حنيفة مع اقتباس لأحكام جوهرية من غير هذا المذهب الجليل . بعضها من مذهب مالك والشافعى وأحمد ؛ وبعضها من اختيارات ابن تيمية . وبعضها كان مبنياً على منع سماع الدعوى ، وإن كان يمس أحكاماً جوهرية فكان في مظهره شكلياً ، ولكنه في حقيقته موضوعى . ولقد تضمنت هذه الإصلاحات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لسنة ١٩٣٠ ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٣٣ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبعض ما جاء في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤ — وسوريا ولبنان قد وضع في كليهما قانون موضوعى للأحوال الشخصية مستوعب في الجملة ؛ وقد نهجت كل واحدة منهما في قانونها منهاجاً اجتهادياً حاولت فيه أن تعالج ما ظهر من عيوب في أحكام الأسرة على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، ، وقد اقتبست من المذاهب الأربعة وغيرها ، بما ظنت أنه قد يكون فيه علاج لما اعتبرته عيوباً ، وقد حاولت سوريا أن تحل في سماء الكتاب والسنة وأن تستنبط منهما أحكاماً لم تكن في المذاهب الأربعة ولا عند السلف ؛ وذلك في شأن تعدد الزوجات .

وقد اختلفت لبنان بأنها جعلت قانونها المسطور شاملاً لأحكام الطوائف الإسلامية ، والطائفة المارونية ، واليهود ، وكان ينص على ما يتبع لكل طائفة فيما تتفرق فيه الأحكام الإسلامية عن غيرها .

٥ — وإنه عند دراسة قانون الأسرة في معهد الدراسات العربية لا بد أن يتصدى الباحث ، لهذه اليتاييع كلها ؛ فإن المعهد لا يعنى بدراسة قانون دولة من الدول العربية ، ويهمل قانون أخرى في هذا الموضوع ، وإن تلك الدراسة الشاملة تقتضى الإشارة إلى أحكام ستة مذاهب إسلامية هي المذاهب الأربعة ،

بسم الله الرحمن الرحيم

١ - - إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له . ومن يضلله فلا هاد من هاد ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي بعث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، قال الله تبارك وتعالى : « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيبا » . وقال عز من قائل : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » . وقال تعالٰ رحمة : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ، إن الله عليم خبير » .

٢ - أما بعد : فإن معهد الدراسات العربية ، قد قرر في شعبته القانونية أن تكون الأحوال الشخصية موضع دراسة هذا العام ، وبعبارة أدق قرر أن تكون الأسرة موضوع هذه الدراسة ، وإننا إذا استثنينا الطوائف غير الإسلامية - نجد أن من عداها يجعل الشريعة الإسلامية المصدر لأحكام الأسرة ، وكل فريق من المسلمين في هذه البلاد يتبع مذهباً من المذاهب الإسلامية المعتمدة ، مقتبساً من غيره ، أو غير مقتبس ، فالبلاد السعودية تسير في أحكامها عامة وفي أحكام الأسرة خاصة على مقتضى مذهب الإمام أحمد ، واختيارات الإمام تقي الدين ابن تيمية . والمن تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب الزيدية عند فريق كبير منها ، وعلى مذهب الشافعي عند فريق آخر ، والعراق تقوم أحكام الأسرة فيها على مقتضى مذهب أبي حنيفة ، مع استثناء طوائف الشيعة فيها : فإن أحكام الأسرة عندهم

للمؤلف

المعجزة الكبرى القرآن

نزوله - كتابته - جمعه - اعجازه - جدله
علومه - تفسيره - حكم اللهاء فيه

ص

- | | | | |
|-----|---------------------------------------|------------|-----|
| ٧٠٠ | صفحة قطع كبير ورق أبيض فاخر | سعر النسخة | ١٥٠ |
| • | أبو حنيفة : حياته وعصره ، آراؤه وفقهه | | ١٠٠ |
| • | مالك | ، ، | ١٠٠ |
| • | الشافعي | ، ، | ١٠٠ |
| • | ابن حنبل | ، ، | ١٠٠ |
| • | الإمام زيد | ، ، | ١٢٥ |
| • | ابن تيمية | ، ، | ١٢٥ |
| • | ابن حزم | ، ، | ١٢٥ |
| • | الإمام الصادق | ، ، | ١٢٥ |
| • | تاريخ المذاهب الإسلامية | جزءان ، | ٢٠٠ |
| • | العقوبة في الفقه الإسلامي | | ١٥٠ |
| • | الجريمة في الفقه الإسلامي | | ١٢٥ |

- أحكام التركات والموارث ٩٠
- علم أصول الفقه ١٠٠
- الأحوال الشخصية ، الزواج ، ١٢٥
- مقارنات الأديان ٣٠
- محاضرات في النصرانية ٥٠
- محاضرات في الوقف ١٠٠
- تنظيم الإسلام للمجتمع ٣٠
- في المجتمع الإسلامى ٢٥

* * *

تطلب جميعها من ملتزم طبعتها ونشرها

دار الفكر العربى

١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة

ت ٥٦٤٦٧ - ص . ب ١٣٠

